DE CONVALESCENTIA DECRETO MAGNIFICI JCTORUM ORDINIS IN ILLUSTRI...

Peter Müller, Johann Heinrich Pott, Valenti Gonzaga

Digitized by Google

SERENISSIMO PRINCIPI
AC DOMINO,

DNO. FRIDERICO,

MARCHIONI BRANDENBURGICO, SUPREMO BORUSSIÆ PRINCIPI, MAGDEBURGI, JULIÆ, CLIVIÆ, MONTIUM, STETINI POMERANORUM, CASSUBIORUM, VANDALORUM, SILESIÆ, CROSNÆ ET CARNOVIÆ

DUCI

BURGGRAVIO NORIMBERGENSI, PRINCIPI HALBERSTADII, MINDÆ ET CAMINI, COMITI MARCÆ ET RAVENSBERGÆ, DOMINO RAVENSTEINII ET DITIONUM LAUENBURG ET BüTOW
ETC. ETC.
ELECTORATUS BRANDENBURGICI HEREDI

PRINCIPI AC DOMINO MEO
CLEMENTISSIMO
Felicitatem perpetuam!

SERENISSIME PRINCEPS,
DOMINE CLEMENTISSIME.

Auguſtiſſimo Tuo Nomini præſentes haſce conſecrare pagellas, easq; in SERENITATIS TUÆ producere conſpectum, movit me inſignis ille atque æterna cum gloria conjunctus favor, quo Te Muſas Muſarumque indefeſſos proſequi alumnos uno quaſi ore perhibent omnes. Largiter enim SERENITATEM TUAM ipſis favere eorumque clementiſſimè promovere conatus conſtans apud exteros atque omnium ſermone celebrata eſt fama. Et quid mirum! quem enim fugit, & SERENITATEM TUAM, utut in tanto collocata faſtigio, incredibili tamen ſcientiarum flagrare amore, ita ut earum ſolum pulcherrimam eſſe exiſtimet poſſeſſionem. Accedit, quod almæ Boruſſorum Academiæ Regiomontanæ ſtudia mea ſua debeant primordia, cum per quadriennium & quod ex-

cur-

currit ſub auſpiciis SERENISSIMI atque POTENTISSIMI DOMINI PARENTIS TUI verè AUGUSTI Muſarum ibi tranquillè frequentare mihi licuerit templa. Piaculum hinc foret alium ſtudiis meis, quàm SERENITATEM TUAM quæſiviſſe umbonem. Suſcipe igitur SERENISSIME PRINCEPS ſerena fronte præſens hoc ſpecimen Academicũ, quod ſubjectiſſimâ adductus animi devotione, in infimæ ſubjectionis teſſeram ad pedes Tuos depono. Dignare illud, ſi non apprehenſione, attamen qualicunq; Tuæ clementiæ aura. Amplectere clementiſſimo Tuo favore ſubjectiſſimum SERENITATIS TUÆ ſervum omnibus patronis atque mæcenatibus deſtitutum. Deum interim inexhauſtum illum omnium bonorum oceanum, pro incolumitate, omnigenaque Maximi TUI PARENTIS & propria TUÆ SERENITATIS, quin & totius CELSISSIMÆ DOMUS BRANDENBURGICÆ felicitate ac ſalute calidiſſimis atq; indefeſſis defatigare precibus, mearum erit partium, quod & præſtiturus ero, quam diu Spiritus hos meos reget artus.

SERENISSIMÆ CELSITUDINIS TUÆ

Subjectiſſimus Servus

M. JOH. HENR. POTT,
Nienburg. Lüneburg.

C. D.

Proœmium.

E Quidem difficile eſt in tanta aliàs, tamq; magna materiarum juridicarum copia aliquam invenire, quæ non ſub limata Doctorũ jam fuerit manu, ſicque vel in elegantem tractatum, vel etiam docta elaboratam methodo abierit diſſertationem. Deliberanti igitur & mihi quodnam potiſſimum exantlatis in utroque Jure publicis examinibus, conceſſaque honorifico Magnifici, inclytæ hujus Salanæ, JCtorum ordinis, decreto, facultate, conſcribendi Diſputationem, ut vocant, Inauguralem, eligerem juris thema; idem contigit atque evenit, quod iis qui novitatis amantes ac ſtudioſi, uſitata faſtidiunt, nova vero ſtudioſi appetunt. Actum agere multa disſvadebant, nondum verò ab aliquo jam dum pertractatum adinvenire problema difficultate haud carebat. Tandem autem obvenit ſeque mihi obtulit hæc *convaleſcentiæ* materia, quam ut eligerem non ſolùm dignitas, ſed & ſumma ejus, dum omnes fermè pervagatur atque percurrit juris articulos, ſvaſit utilitas, præſertim cum eam nondum ab aliquo eſſe pertractatam penitus mihi haberem perſvaſum. Nihil igitur nunc reliqvum, quàm ut Te B. L. amicè compellem, rogitemque etiam atqve etiam, velis pro ea qua gaudes in judicando prudentia, hos meos conatus meliorem interpretari in partem, benè ponderans, quod in nullo penitus peccare divinitatis ſit potius quàm humanitatis, id quod vel graviſſimo ſuo, in §. 14. *pr. conſtit. de confirm. ff. ad Senatum & omnes populos*, ſacratiſſimus noſter Imperator comprobat effato. Quia verò ea demum feliciter cedunt, Deo autore quæ incipiuntur, ardentiſſimis hinc atque calidiſſimis ſupremum Numen invoco precibus, jactam hanc benignè velit ſecundare aleam, clemensqve ex alto juvare conatus. Sit igitur

CA-

Caput I.

continens

Nominis explicationem, deſcriptionem atq; diviſionem.

SUMMARIA,

I. Convaleſcentiæ nomen eſt compoſitum. II. Vocabula ſynonymica. III. Quot modis vocabulum convaleſcentiæ ſumatur. IV. Deſcribitur. V. Quare dicatur actus convalidatio. VI. Convaleſcunt actus (1) ab initio nulli (2) actus, qui ſunt in pendente. VII. Explicantur verba in definitione: legitima ſeu legibus conformis. VIII. Dividitur (1) in propriam atq; impropriam (2) in totalem & partialem (3) in eam quæ eſt juris, & quæ eſt facti. IX. Producitur methodus.

I.

IN more poſitum eſſe ſolet diſputantibus ſub initium ſtatim diſſertationum ſuarum vocabuli enodationem ſuppeditare, & illud, de quo diſputaturi ſunt, explanare; ne illotis, quod ajunt, manibus, ad materiæ alicujus tractationem acceſſiſſe videantur. Itaque ne & ego in portu ſtatim impingam, aliorumque incurram reprehenſionem, brevibus, in etymologiam, ſynonymiam, atqve homonymiam convaleſcentiæ inquirere placet, annectendo ejusdem definitionem atq; diviſionem. Dicitur igitur convaleſcentia à convaleſcere, quod eſt compoſitum ex præpoſitione *cum*, & verbo *valeſcere*, quod idem eſt ac validum fieri, robur ac firmitatem acquirere, quod cum per ſe manifeſtum, ſummis digitis illud ſaltem attingere debui.

II. Sicuti autem ob vocum inopiam atqve penuriam evenit nonnunquam, ut res plane diverſam agnoſcentes naturam & eſſentiam, uno eodemqve efferantur vocabulo Ariſt. 1. *de Elench. Soph. c. 1. f.* ita quoqve haud infrequens eſt, ſed ſæpiſſime fieri ſolet, ut una eademqve res pluribus gaudeat nominibus, id quod & præſenti noſtræ accidit materiæ. Synonymicè ſcilicet paſſim uſurpantur, convaleſcentia, reviviſcentia, revaleſcentia, convalidatio &c. Sic quod

Pau-

Paulus in *l. 29. ff. d. R. I. & l. 33. ff. de donat. inter vir. & ux.* & Licinius Rufinus *in l. 210. ff. d. t. d. R. I.* nec non Modeſtinus *in l. 22. ff. d. pignor. & hypothec.* dicunt convaleſcere, DD. paſſim reconvaleſcere aut reviviſcere affirmant. vid. Illuſtris D. Struv. *S. J. C. Ex. 33.* Cæterorum verò vocabulorum cum ante dictis promiſcuum eſſe uſum, ſat clarum eſſe poteſt ex iis quæ doctè diſſerit Dn. Præſes *ad l. 29. ff. d. R. I. in Commentario*, quo me remitto.

III. Quot modis vero convaleſcentiæ vocabulum ſumatur, multiplex acceptio verbi convaleſcere manifeſtare valet. Accipitur autem illud (1) propriè & in ſenſu phyſico, nihilqve aliud denotat, quàm ad ſanitatem corporis & incolumitatem redire, priſtinamqve recuperare valetudinem. Sic dicimus convaleſcere ex morbo, in quo ſenſu occurrit hæc vox in *l. 13. l. 16. l. 18. §. 1. l. 19. l. 24. l. 29. &c. ff. d. m. c. d.* conſtat enim mortis cauſa donationem inter alios modos nuda quoqve convaleſcentia h. e. liberatione à periculo mortis revocari. *dd. txx. add. §. 1. d. donat.* Manz. *ibid. n. 9.* (2) Sumitur hæc vox μεταφορικῶς & in ſenſu juridico, diciturqve convaleſcere illud, quod cum ab initio non valuiſſet, aut in pendenti fuiſſet, ex poſt facto confirmatur & vires accipit. Sic dicitur convaleſcere donatio *l. 33. §. ult. ff. de donat. inter vir. & uxor.* vid Calvinus & Briſſon. *in Lexicis verbo convaleſcere.* Propriè igitur convaleſcentia nihil aliud eſt, quàm priſtinæ ſanitatis priſtinæqve incolumitatis recuperatio, qua is, qui ægrotus hactenus decubuit, ſtatui ſuo reſtituitur, exoptatamqve conſequitur vel recipit ſanitatem. Μεταφορικῶς convaleſcentia erit convalidatio alicujus negotii.

IV. Ex quibus facilè liquet, quænam convaleſcentiæ, quæ hujus eſt loci, à nobis tradenda ſit deſcriptio. Scilicet, eſt ea actus ſeu negotii ab initio non valentis aut in pendenti hærentis ex poſtfacto legitima ſ. juribus conformis convalidatio. Vel brevius: Convaleſcentia eſt actus invalidi per novam quandam cauſam ſupervenientem inducta validitas, ſeu ſubſiſtentia: Quas non pro accuratis & omnibus numeris abſolutis definitionibus, ſed pro talibus qualibus ſaltem vendimus deſcriptionibus.

V. Dicitur autẽ convaleſcentia actus convalidatio atq; ſubſiſtentia, quia ea mediante ſubſiſtit, valet atq; firmatur id, quod vel ab initio vel in medio temporis nullius erat firmitatis nulliusque roboris, & conve-

venit hoc modo convaleſcentia cum iis, quæ ſtatim ab initio valent roburque continent, neque aliunde illud expectant, qualia ſunt leges, quæ ab eo, penes quem eſt ſumma in Republ. poteſtas, bono Reip. promulgantur, & omnia negotia, quæ nullo modo claudicant, ſed in principio ſtatim debita ſua gaudent perfectione.

VI. Convaleſcunt autem (1) actus ab initio nulli: qualem actum involvit v. g. mutuum, quod à pupillo citra auctoritatem tutoris alteri datur, bonaq; fide ab eo, acceptante ſcilicet, conſumitur, hic enim actus licet ab initio nullus ſit, eſſentiali ſua carens perfectione, autoritate videlicet tutoris, quæ in negotiis pupillaribus, quibus conditionem ſuam facere poſſunt deteriorem, omnem facit paginam *pr. l. d. autor. tutor.* ex poſtfacto tamen ſubſiſtit, robur acquirit, ſicque convaleſcit *l.12. ff. d. reb. cred.* de quo caſu ſuo loco plura. Sed diceret quis, fieri non poſſe, ut actus ab initio nullus convaleſcat, cum nunquam habuerit robur; proprie verò loquendo illud convaleſcere, quod primo quidem habuit ſanitatem, deinde vero illam amiſit, & denique eam recipit. Etenim, ſicuti non ſolùm is, qui optima aliàs præditus ſanitate in morbum incidit, reconvaleſcit, ſed & ille, qui ſtatim, cum hanc conſpiceret lucem, morbido quodam præditus erat affectu: ita quoq; tralatè convaleſcere dicitur, non ſolùm actus, qui quidem ab initio ſubſiſtebat, ex accidenti verò infirmatus, tandem priſtinum reaſſumſit vigorem, ſed & ille, qui ab initio prorſus erat invalidus. Illud autē ultrò do atq; concedo, quod invaliditas hæc, quæ ejusmodi actibus ineſt, mera ſit privatio, hoc eſt, abſentia formæ ipſis ineſse debitæ, quæ ſubjectum ſui oppoſiti receptivum ſicqve ens aliquod reale præſupponit, nam quod non eſt, neque validum neque invalidum dici poteſt. (2) Convaleſcit actus, qui eſt in pendenti v. c. legatum ob ſupervenientes teſtatorem inter & legatarium graviſſimas inimicitias fermè extinctum, exoptata inſequente reconciliatione. Item actus, qui ab ipſis contrahentibus quidem initium habet, in ſuſpenſo tamen relinquitur, & deinceps validè corroboratur.

VII. Additur in definitione, *legitima ſeu legibus conformis.* Nam non ſolus temporis tractus actum valet confirmare invalidum, ſed requiritur, ut legis accedat approbatio, vel voluntas hominis legibus conformis. Sicuti enim nudum tempus non eſt modus tollen-

dæ aut inducendæ obligationis, *l. 7. C. d. uſur. l. 28 C. d. pact. §. 3. J. d. V. O.* Carpz. *p. 2. c. 13. d. 24. n.* 8. Ita nec jus conſtitui aut ſolo tempore induci poteſt, ſed vel legis autoritate vel perſona eſt opus, quæ approbatione, factis, conſenſu & voluntate rei animam vitamque inſtillet, unde jus exſuſcitetur. Verbo, non convaleſcit actus ſolo tempore, ſine alterius cauſæ adminiculo, ſed neceſſe eſt ut nova cauſa confirmans actum ſuperveniat. Tempus enim non eſt qualitas rerum intrinſeca, ſed tantùm affectio quædam externa, cui adeò nulla competit in eas operatio, ſicuti & in genere quantitatis nulla eſt efficacia. Et licet quicquid fit fiat in tempore, nihil tamen fit à tempore, ſicut Poëta:

Tempora mutantur, & nos mutamur in illis.

Non ab illis, ut propterea effectus, ſi quis in rebus aut circa eas contingit, longe alii cauſæ quàm tempori ſit adſcribendus. Et hæc eſt ratio, cur res ſoli tempori commiſſa, nullo alio accedente adminiculo, ſemper maneat eadem. Sic ratione temporis mutatio non præſumitur, ſed *v. g* qui ſemel malus, ſemper talis eſſe creditur Dn. Struv. *S. I. C. Ex.* 28. *th.* 18. *n.* 2. & infamia perſonam quam ſemel contaminavit, velut leproſum lepra comitatur, eamque ubique gravat. Marq. Fieher. *l. 3. de infam. c. 24. n. 7.* Hinc & nullo tempore aboletur, neque priſtina convaleſcit exiſtimatio, niſi à principe facta reſtitutione *l* 11. §. 10. *ff. d. poſtul.* Struv. *Ex. 7. th. 23. pr.* vel, niſi ad certum tempus per magiſtratum fuerit irrogata *l.* 8. *eod.* tum enim tempore finito, neque contra intentionem magiſtratus infamia diutius adhærere poteſt. *l. 3. & 4. C. ex quib. cauſ. infam. irrog. l. 8. ff. d. poſtul.* Et quamvis Decius *ad l. 29. ff. d. R. I. n. 6.* exiſtimet ſolo temporis decurſu aliquid convaleſcere, ſi de initio vitioſo non conſtet, quod patere putat in eo, quod memoriam hominum excedit, cum tempus immemoriale habeatur loco privilegii & tituli legitime conſtituti. *l. 3. §. ductus aquæ ff. d. aqua quot. & æſtiv.* Brunn. *ibid.* tantum tamen abeſt, ut ſolus temporis decurſus hîc ſufficiat, ut potius hoc tribuendum dicerem præſcriptioni, licet immemoriali, à legibus approbatæ. Sic ne quidem nuda hominum voluntate actus convaleſcit, ſed & ea legibus debet eſſe conformis. Scilicet voluntas atque intentio hominis diverſimode ſeſe habet, alia enim pura eſt & abſoluta, alia vero variis circumſtantiis circumſcripta ac involuta,

luta,

luta, & hinc aliquando momentaneo & tranſitorio quaſi actu propoſitum expediunt mortales, aliquando verò negotium ſuſpendunt, ac non niſi tractu temporis deſiderato potiuntur: hocque non ab eorum ſimpliciter dependet arbitrio, ſed & ex rerum conditione naturave, imo maximam partem ex legis proviſione menſuram accipit, quibus omnibus ſe conformare adſtricti ſunt omnes, qui validè & cum effectu agere cupiunt.

VIII. Relicta definitione diviſiones convaleſcentiæ nunc aggredior. *Dividitur* igitur ea (1) in *propriam* atque *impropriam*. Propriam dico, quæ fit per idoneam quandam ſupervenientem confirmationem, quando videlicet nova quædam cauſa ſuperveniens actum inválidum facit convaleſcere. Impropria verò eſt, quæ fit per nudam tolerantiam, quando ſcilicet actus invalidus vel inutilis, non tam ex poſtfacto confirmatur atque approbatur, ſed ſaltem propter certam cauſam toleratur. Multa ſiquidem jam facta ſuſtinentur, quæ re integra & ſi nondum eſſent nunqvam admitterentur *l.* 8. ubi latè Jaſon. *ff. d. his qui ſunt ſui vel alien. l.* 24. *ff. d. inoff. teſtam. l.* 1. §. 5. *ff. quando appell.* Ita nuptiæ liberorum citra conſenſum parentum initæ & conſummatæ carnali copulatione non dirimuntur, ſed ſuo modo ſaltem tolerantur, adeoque neque propriè convaleſcunt. (2) dividitur convaleſcentia haud inconcinnè in *totalem* atque *partialem*: convaleſcit enim actus vel in totum vel ex parte: in totum, ut quando emancipati & dimiſſi ex patria poteſtate ob inſignem ingratitudinem in eam revocantur, & ſic vigor patriæ poteſtatis in totum reviviſcit. *l. un. C. d. ingrat. liber.* ex parte verò convaleſcit teſtamentum, quod vi clauſulæ codicillaris in fideicommiſſum, reſolvitur. (3) Alia eſt convaleſcentia *juris*, alia verò *facti*.

IX. Et hæc in genere de convaleſcentia dicta ſufficiant, plura enim perſequi operæ pretium vix erit, maxime generalibus jam expoſitis: protinus hinc ad ſpecialiora accedo, eam obſervaturus methodum, quam Imperator in totius legitimæ ſcientiæ, primis legum elementis, Inſtitutionibus ſcilicet, obſervavit: acturus primò loco de reconvaleſcentia in parte jurisprudentiæ generali, deinde in parte ſpeciali, à perſonarum ad rerum, & à rerum ad actionum convaleſcentiam deſcendendo. Perſonæ enim ſunt quaſi funda-

 men-

mentum ac βάσις, ita ut earum gratia res & actiones, quibus jus ſuum perſequi poſſint, convaleſcant.

CAPUT II.

De Convaleſcentia in parte juriſprudentiæ generali.

SUMMARIA.

I. Reſpublica Romana omnes habuit formas atque pro harum diverſitate diverſa ſunt condita jura. A prioribus legibus non niſi ſuadente id ratione prægnante recedendum eſt. Legibus Regis abolitis, nonnulla poſtmodum convaluerunt. II. *Plebiſcita lege Hortenſia lata convaleſcere cœperunt. Dubium an lege Hortenſia vim legis acceperint.* III. *Reſponſa Prudentum tempore Auguſti majorem vim nacta ſunt, eorumque convaluit auctoritas. JCti condendæ legis poteſtatem non habent.* IV. *Prætorum Edicta ex edicto perpetuo convaluerunt.* V. *Jus Juſtinianeum, cujus per longum tempus in Occidente nulla fuit habita ratio, in Italia Sec.* XII. *circa tempora Lotharii convaluit.* VI. *Cauſam convaleſcentiæ juris Juſtinianei in ſumma ponunt æquitate. Ita ut etiam apud Turcas illud ſit receptum. Non tamen omnibus ſufficere poteſt Rebuspubl. Jus privatum majorem habet autoritatem in Germania, quàm publicum Juſtinian.* VII. *Vana eorum eſt opinio, an propterea convaluerit jus Juſtinianeum, quòd Romani veteres univerſum tenuerint mundum.* VIII. *Libero Imperatoris* Maximiliani *& Ordinum Imperii arbitrio Jus Juſtinian. convaluit.* IX. *Jus non ſcriptum ſ. conſuetudo abolita convaleſcere ſæpius ſolet. Exemplo eſt jus retractus conſanguinitatis.* X. *Re convaleſcit interdum actus ſtricto jure non ſubſiſtens.*

I.

Nemini ignotum eſſe poteſt Rempublicam Romanam, omnes ferè Rerumpubl. habuiſſe formas, id quod varias quoque jurium produxit ſpecies: etenim in ſtatu Regio penes leges Regias omnis erat autoritas: in ſtatu vero populari obtinebant leges atque ple-

plebiſcita, nec non reſponſa prudentum §. 4. *d. J. N. G. & C.* in ſtatu Ariſtocratico Senatus conſulta. §. 5. *d. t.* & denique in ſtatu monarchico conſtitutiones Principum. §. *C. eod.* *Etſi enim omne jus poſitivum, ſive à pluribus ſive uno, dummodo ſint cum ſummo imperio, profectum, legis nomine uſitate venit: in Republ. tamen Romana ubi jus populi legis nomen occupaverat, Lex ſummi Principis peculiari nomine conſtitutio dicitur, Græce* διάταξις, Strauchius *Diſſert. Academ. 3. de Conſtit. Princ. th. 1. & 30. med.* Cauſam verò, cur tam variis iisque diverſiſſimis Romani in Republ. ſua uſi ſint jurium ſpeciebus, commune nobis ſuggerit atque ſuppeditat Politicorum axioma, leges ſcilicet, accommodandas eſſe Rebuspublicis, non verò Respublicas legibus. Quamvis enim à legibus receptis & uſitatis ad alias easque novas facile migrare conſultum haud ſit, ita ut rectè doceat *Ariſt. 2. Pol. 8. circ. fin.* hoc nil aliud eſſe, quàm vim legis infirmare atque debilitare, maximumque exinde utplurimum Reipublicæ imminere ſoleat periculum: Sicuti enim ſine valetudinis jactura, nemo victus rationem mutat, ita nec leges ſine publica turbatione facilè mutantur. Philipp. Melanchthon. *in Orat. de Legibus Tom. 1. Declam. fol. 665.* imò qui leges præprimis ad ſtatum Reipubl. ſpectantes ſalva manente Republica mutare conatur, idem facit, quod is, qui ædium altiſſimarum ſubſtructiones & fundamenta, renovare ſe poſſe exiſtimat, ſalvis ædibus, quæ tamen niſi ruant, plus certè incommodi habebunt ab ipſa concuſſione, quàm nova materia utilitatis eſt allatura. Bodin. *lib. 4. de Republ. c. 3. f. 665.* unde & ſatis prudenter veterés leges inveteratas non tam facilè abrogarunt, ſed potiùs diſſimularunt; ſicut nævos corporum, qui ſine multo majori difformitaté elui atqve expungi nequeunt. Aliud tamen dicendum atque ſtatuendum putamus, ſi evidens utilitas aut prægnans quædam ſubſit ratio, ſvadens, ut à prioribus legibus recedamus novasque promulgemus, hæc enim ſubeſſe debet, ut ab eo recedatur jure quod diu æqvum viſum eſt *l. 2. ff. d. conſt. princ.* tunc enim non ſolum utile, ſed & ſummè neceſſarium eſt, veteribus obolitis novas ferré atque ſancire leges, id quod *N. 22. in præf.* graviſſimo ſuo Jureconſultiſſimus noſter Imperator approbat calculo. *Exiſtimamus*, inquit, *oportere nunc conſiliis profectioribus cauſam conſiderantes, quædam corrigere, non aliorum ſolummodo, ſed*

 etiam

etiam quæ à nobis ipſis ſancita ſunt. Non enim erubeſcimus, ſi quid meliùs etiam horum quàm ipſi prius diximus adinveniamus hoc ſancire, & competentem prioribus imponere correctionem, nec ab aliis expectare legem corrigi. Mutantur verò leges non ſolùm quando prorſus novæ iis ſurrogantur, quæ nunquam in uſu fuerunt, ſed & tunc quando eæ, quæ ab aula per aliquod temporis ſpacium receſſerant, in uſum revocantur legibusque hactenus uſitatis ſuccedunt: haud rarò enim leges paulo ante abolitæ atque abrogatæ priſtinum recuperant vigorem, ſicque reviviſcere atque convaleſcere incipiunt. Exemplo nobis ſit lex vel ab ipſo Romulo de patria poteſtate qualificata, ut vocant, lata, quæ tàm diu in uſu fuit, quam diu Regia poteſtas; ejectis enim Regibus, id quod noviſſimi Regis Tarquinii ſcil. ſuperbi fœdiſſimum æqvè ac turpiſſimum promeruit factum, lege Tribunitia, vel, ut aliis placet lege Terentia legibus Regiis effectivè talibus omnis qvoqve juris autoritas penitus fuit adempta: Regiæ namqve dominationis odium Regias qvoqve extirpavit leges, ita ut P. R. poſt Regifugium in decidendis controverſiis incerto potius uſus fuerit jure & conſvetudine qvàm legibus. *l.2.* §.3. *d. c.* 3. Dn. Struv. *S. I. C. Ex.* 1. *th.* 67. Qvoniam verò nihil datur in rebus humanis qvod non obliteret vetuſtas, tempusqve conſumat, hinc recedente paulatim odio populi erga Imperium Regium, meliorem qvoqve leges Regiæ incepere experiri auram. Sicuti enim odium populi illas oboleverat & extra uſum eſſe juſſerat, ita moribus pedetentim convaluere priſtinumqve de novo acqviſivere vigorem, & hoc eſt qvod in ſpecie in *l.3.ff.de his qui ſui jur.* de patria poteſtate dicitur, illam moribus eſſe receptam. vid. Bachov. *ad tit. de ſtat. hom. c. de patr. pot. n.* 6. ubi notat in all. lege dici moribus eſſe receptam patriam poteſtatem, qvod exacti Reges digni non fuerint habiti, ut illis qvid acceptum referretur, qvamvis & deinceps in XII. Tabb. à decemviris fuerit conjecta: *arg.* §. 2. *I. de hered. qual. & diff. Ulp. in fragm. tit.* 10. *in pr.* Hotton. *l.3.obſ.* 4. *in f.* Eberlin. *ad tit. ff. d. orig. jur. c.* 4. Diſſ. Ræverd. *ad L.* XII. *Tabb.* 1. 3.

II. *Plebiſcita* quoqve, quæ in ſtatu populari introducta eſſe novimus, quorum exempla occurrunt in *l. 2. pr. ff. ad L. aquil. & l.1. ad L. Falc.* &c. quæque à legibus toto cœlo diſtabant, cum non adeò magnam haberent autoritatem, utpote cum leges, univerſum populum Romanum una cum plebe; plebiſcita verò plebem tantùm obligarent, non

non verò patricios, lege Hortenſia lata, non minus quàm leges ipſæ valere ſicque convaleſcere inceperunt. §. 4. 1. *d. J. N. G. & C.* Poſt trinam enim à plebe ex urbe Roma factam ſeceſſionem, in montem ſcilicet Aventinum, ſacrum atque Janiculum Quintus Hortenſius Dictator Romanus Senatum inter atque plebem ſe interpoſuit, iisque concordiam reſtituere unicè allaboravit, id quod & felici haud caruit ſucceſſu; effecit enim ut plebiſcitorum atque legum eadem eſſet poteſtas, ſicque plebiſcita non aliter ac leges ipſæ univerſum populum tenerent, factumque ex hoc tempore, ut leges & plebiſcita quoad modum quidem conſtituendi differrent, poteſtatem verò ac vim haberent eandem *l. 2. §. 2. ff. d. O. J.* unde & plebiſcita legum nomine paſſim in jure noſtro veniunt, ut Lex Voconia *pr. I. ad L. Falc.* Lex Scribonia *l. 14. pr. l. 4. § ult. ff. de uſucap.* lex Falcidia *rubr. I. & ff. de lege Falc.* lex Aquilia *rubr. & t. t. I. ad L. aquil.* De diſcordia inter proceres atque plebem Romanam conſulatur Florus *lib. 1. c. 23.* & ad eum quæ ſcripſit Stadius, item Prevotius *de magiſtr. popul. Roman. c. 9. f. 140. cum ſeqq.* Manz. *ad §. 4. I. d. t. nec non in patrocin. debitor. decad. 1. qv. 5. n. 108. & qv. 8. n. 3.* ubi cauſas diſcordiarum exponit. Equidem an plebiſcita hæc primitus per L. Hortenſiam vim legis acceperint, ſicque convaluerint, haud caret controverſia. Affirmativam quidem ſententiam ſuam facit Weſ. *in Paratit. d. O. J. n. 2.* Joh Criſpinus *in not. ad §. 4. I. d. J. N. G. &c.* Sed errorem chronologiæ ab ipſis commiſſum eſſe notat Hahn. *ad Weſenb. l. c.* obſervans ibidem de plebiſcitis tres potiſſimum extitiſſe leges, per quas ea convaluerint, quarum prima fuit L. Horatia Valeria, qua conſtitutum, ut quod tributim plebs juſſiſſet, populus obſervaret omnis; lata verò eſt hæc lex A. U. C. 303. à L. Valerio Polito & M. Horatio Barbato COSS. Cùm verò huic legi ambitione patriciorum poſtmodum derogatum eſſet, lata fuit A. U. C. 414. L. Publilia à L. Publilio Philone Dictatore, qua revocata eſt L. Horatia, ut ſcilicet plebiſcita de novo convaleſcerent omnesque tenerent Quirites. Denique tertio demum & ultimo loco prodiit L. Hortenſia, qua rurſus cautum, ut plebiſcita populum tenerent omnem vid. Gell. *l. 15. c. 27.*

III. Seqvuntur *Reſponſa prudentum* h. e. JCtorum, quæ ab initio fermè nullius autoritatis in ſtatu ſcil. populari, in ſtatu demum monarchico autoritatem obtinuere graviſſimam, in tantum, ut judici

in

in judiciis h.e. in ferendis ſententiis ab iis recedere integrum haud fuerit §. 8. *I, d. J. N. G. & C.* Rectè igitur & de iis dicitur, quod, cum ab initio vix ac ne vix quidem ſubſiſterent, nullam enim habebant vim, niſi quatenus uſu fori erant recepta, ex poſtfacto convaluerint. Scilicet cum in Reipubl. Romanæ ſtatu populari legibus uterentur XII. Tabb. eas verò mirifica quædam implicaret obſcuritas, eò quod admodum conciſè eſſent conceptæ, multi ingenio ac doctrina præſtantes viri ad eas populo interpretandas ſe contulerunt, unde primitus cœperunt Jurisprudentes interpretatione ſua dilucidare leges XII. Tabb. quos inter fuere Scipio Naſica, Lucius Craſſus, Quintus Mutius, Gallus Aquilius, Trebatius aliique quamplurimi, Mynſing. *add.* §. 8. Deinde verò ex facto conſulti ſi quid inciderat, de quo dubitabatur, quid juris eſſet, reſponſa dedere JCti, utpote cum & eorum munus verſaretur in reſpondendo de his, quæ jam evenerant, & cavendo de his, quæ nondum evenerant; hinc ſi quis volebat celebrare contractum JCtorum adhibebat conſilium, quibus conſiliis vel potius cautionibus ſcribendis maximè deditum fuiſſe legimus Gallum. Manzius *ad cit.* §. 8. *n.* 7. unde recte ſcribit Briſſon. *in Lexic.* partes JCtorum eſſe, cavere de Jure, reſpondere, ſcribere, conſilium dare, in conſilium adhiberi à Magiſtratibus, iisque aſſidere, reſcribere, vadimonia concipere, libellos agere. Sed nullam hactenus in libera Republ. reſponſa hæc JCtorum habebant autoritatem, niſi quatenus ſingularem præ ſe ferebant æquitatem; tempore verò D. Auguſti majorem nacta ſunt vim, ſicque convaluit eorum autoritas, hic enim primus conſtituit, ut ex ejus autoritate publicè reſpondere poſſent JCti *l. 2. §. 47. verſ. ut obiter ff. d. O. J.* quapropter eorum quoqve ſententiæ & opiniones judicem obligabant in tantum ut ei ab iis in judicando recedere haud liceret, erant enim veluti præjudicia in judicando præcisè ſequenda. Præclarum verò hujus rei teſtimonium præbet Tullius pro Cecinna, dum Aquilii & aliorum quorundam JCtorum, qui ſecundum Cecinnam reſponderant autoritates præfert, eorumque reſponſa ſummè commendat atque extollit. Et Paulus JCtus refert reſponſum Ulp. in judicio eſſe lectum *in l. 43. ff. de act. empt.* Facilè verò ex dictis liquet non convaluiſſe JCtorum reſponſa, propria eorum autoritate, ſed aliunde. Scilicet robur hocce reſponſis primò tribuit Auguſtus, quem ſecutus Tiberius & alii, qui ipſis permiſere eorum autoritate, quaſi cum eorum approbatione,

&

& veluti ſuffragio atque ſubſcriptione reſponſa dare; ipſi enim JCti fuere homines privati, quibus facultas nomothetica non competit, utpote quæ tantùm eſt penes eos, penes quos eſt τὸ κύριον in Republica Ariſt. 4. *Pol.* 14. Fuere equidem nonnulli, qui præter peritiam interpretandi & reſpondendi JCtos νομοθεσίαν quoq; h. e. legis condendæ poteſtatem habere debere conati ſunt defendere. Sic refert Coraſius *lib. 7. miſcellan. c. 6.* Toloſæ nugatorem quendam malè feriatum vixiſſe, eumque quotidie de ſuperiore aliquo loco in Alciatum inſignem illum JCtum (de quo alias dicitur, quod primus inter veteres JCtos balbutire deſierit,) inſolentiſſimè locutum eſſe; quod cum laurea tantum Doctoræ coronâ decoratus ſit, nec legis habeat condendæ poteſtatem, JCtum tamen ſe in libris ſuis inſcribere haud vereatur. Verùm craſſus hic eſt error, ludibrium potius quam aſſenſum qui promeretur. Ridiculum enim eſt, ait Marius Salomo *ad §. 8. J. d. J. N. G. & C.* JCtos legem condendi poteſtatem habuiſſe affirmare ex defectu τοῦ κυρίου.

IV. Id quod de reſponſis prudentum affirmavimus, ſatis convenienter *& de Prætorum edictis* dici poſſe, aſſerere haud dubitamus, hæc enim ab initio non modicam habebant autoritatem §. 7. *I. d. t.* quaſi diceret Imperator, reliquæ juris ſpecies ſummam habebant vim, edicta vero Prætorum, quamvis non tantam, habent tamen & ea autoritatem non exiguam. Ergo minorem, quam reliqua juris genera! Ita eſt. Legum enim, plebiſcitorum, Senatusconſultorum & conſtitutionum Principum vis erat perpetua, edictorum verò annalis ſaltem, quia officium Prætorum erat annuum, ſicqve definitum, qui enim Calendis Januarii ſuſcipiebat præturam, exacto anno eisdem Calendis illam rurſus deponebat. Quoniam verò limitata cauſa limitatum producit effectum, neqve effectus major eſt ſua cauſa, Paulus de Caſtro *in l. 11. ff. d. R. C.* quid mirum Prætorum edicta ſaltem fuiſſe annalia. Sed temporis tractu, accedente inſuper confirmatione Imperatoria, & ea majus ſibi acquiſivere robur, atqve hactenus parum valentia penitus convaleſcere cœperunt, autoritatemqve ſat gravem, imò graviſſimam ſunt conſecuta. Et hoc eſt quod dicit *Imper.* §. 3. *I de teſtam. ordin.* tam ex uſu hominum, á quam ex conſtitutionum Imperatoriarum emendationibus cœpiſſe in unam conſonantiam jungi jus civile & prætorium. Primus ſcilicet A. O. filius circa Julii vel Au-

guſti tempora edicta Prætorum incerta, varia & diſperſa in ordinem redigere manus admovit *l.* 2. §. 44. *ff. d. O. J.* centum verò & quod excurrit annis poſt imperante Hadriano Imperatore ejus juſſu A. C. 132. edictum perpetuum à Salvio Juliano Jurisperitiſſimo fuit concinnatum *l.* 2. §. 18. *C. d. V. J. E. l. pen. C. de cond. indeb.* quo perpetua edictis prætorum tributa autoritas, & ex hoc edicto, per quod convaluere edicta Prætorum, voluit divus Hadrianus ſuffragante Senatu jus dici debere non annuum, veluti ex annua Prætoris jurisdictione, ſed tanquam ex lege ſua perpetuum atque immutabile, non admiſſa amplius promulgatione novorum edictorum Manz. *ad* §. 7. *I. d. t.* leges enim in viridi debent eſſe obſervantia.

V. Cæterum id quod dictis juris Civilis accidit ſpeciebus, evenit quoque juri Romano, quod in Corpore juris continetur *l. un. pr. C. d. rei uxor. act.* in genere, ſicuti enim juris noſtri Civilis ſpecies nullum vel exigium præ ſe ferentes valorem convaluere, ita quoque univerſum Jus Juſtinianeum, qvod vel poſt obitum ſtatim ſacratiſſimi Imperatoris maximum ſui valorem amiſerat, paulatim rurſus convaluit atque revivixit. Scilicet iniquiſſima Jus Juſtinianeum defuncto laudatiſſimo Imperatore Juſtiniano, (id quod contigit A. C. 563. Imperii ſui 39. ætatis ſuæ 83.) una cum imperio experiri cœpit fata, mox enim cum dignitate Imperii Romani etiam legum ſtudium labi cœpit, ita ut annis vix 40. à Juſtiniani morte elapſis in occidente quidem fere nulla, in Oriente verò, admodum exigua legum Juſtinianearum haberetur ratio, hinc cum tempore Leonis Imperatoris cognomento Philoſophi dicti, miſerrima legum totiusque Reip. confuſio eſſe cœpiſſet, ille Leo exemplo Juſtiniani primo Pandectas collegit novas, quæ & in Oriente diutiſſime obtinuere Pandectis Juſtiniani penitus contemptis atque ſuppreſſis. Sed crevit rurſus atque reconvaluit primùm Juris Juſtinianei autoritas in Italia Sec. XII. circa tempora Imperatoris Lotharii. Etſi enim Carolus ille M. primus Germanorum Imperator Sec. VIII. regnum Longobardorum everterit, Juris tamen Juſtinianei in uſum revocandi rationem inire haut potuit, ſed Lotharius jura hæc occidenti quaſi poſtliminio reſtituit, ut ejus demum ſtudio ea primum convaleſcere inceperint: qua verò occaſione hoc factum fuſè exponit Dn. Struv. *S. J. C. Ex. 2. th.* 34. qui videatur. Succeſſu porro tempo-

ris

ris in tantum convaluit hujus juris autoritas, ut & Germaniam occupaverit: ſub initium enim Sec. XV. Illud & in Germaniam translatum eſſe conſtat, quippe cum tunc temporis & in Germania conderentur Scholæ literariæ ſublimiores, illæque ad normam Italicarum Academiarum pene omnes conſtituerentur, accerſitis præſertim ex Italia Profeſſoribus, & verò in Academiis Italicis doceretur reſtauratum Jus Juſtinianeum, idem & in Scholas Germanicas, & ſic ex Scholis in fora quoque Imperii ſenſim receptum eſt. Dn. Præſes *in Jurispr. Elementari D. 1. th. 16. lit. X. in not.* Imo convalescentia hæc juris Romani non minimum debet expreſſo conſenſui Imperatoris Maximiliani, injunxit enim glorioſiſſimus hic Imperator Aſſeſſoribus ſuis juramento ipſis præſcripto, ut ſecundùm jura communia, per quæ jura intelligi debere Romana communis DD. probat calculus, cauſas controverſas dijudicent. *Receſſ. Imperii d. a.* 1654. §. benebens ſollen. *add. Ord. Cam. d. a.* cIↃ CCCCXCV. Arthur. Duck. *de uſu & autoritate juris Civilis lib. 2. c. 2. §. 7.* Chriſtoph. Lehmann. *lib. 4. Chron. Spirens. cap.* 31. p. 337. cujus verba hæc ſunt; Jn keiner Hiſtoria iſt zu finden/daß ein Käyſer oder König die alten Geſetze und Rechten der Teutſchen abgeſchaffet/oder andere Rechte an dero ſtatt anzunehmen gebehten/biß bey auffrichtung des Käyſerlichen Cammer-Gerichts die Käyſer/Fürſten und Stände des Reichs/nach beſchriebenen gemeinen Römiſchen Rechten alle bürgerliche Streit- und Recht-Sache zuentſcheiden verabſcheidet. Adde Conring. *de O. J. G. c.* 33.

VI. Cauſam verò convalescentiæ Juris Juſtinianei, alii aliam aſſignant. Quidam enim in ſummâ, quam præ ſe fert eam ponunt æquitate, ac perfectione, ita ut omnibus Rerumpublicarum formis ſit aptum, id quod & haut obſcure docet Carolus Molinæus *Comment. in conſvet. Pariſienſ. tit. 1. gl. 5. n. 110. E jure Romano mutuamur*, inquit, *quod & æquitati conſonum, & negotio quo de agitur aptum congruumque invenitur, non quod unquam fuerimus ſubditi Juſtiniano magno* (loquitur autem de Gallis) aut *ſucceſſoribus ejus: ſed quia jus illo autore à ſapientiſſimis viris ordinatum tam eſt æquum, rationabile & undiquaque abſolutum, ut omnium ferè Chriſtianarum gentium uſu & approbatione commune ſit effectum.* Et ſanè hodiè Romanorum jus adeò late diffuſum eſt, ut revera ſicuti

 di-

dictum, quaſi gentium quoddam jus ubique ferè colatur, propter legum clariſſimam æquitatem & prudentiam, ſitque quaſi amuſſis, ad quam dirigatur, quarumcumque conſvetudinum conſtitutionumque potiſſimum illi non adverſantium interpretatio. Oſasc. *deciſ.* 142. Burſat. *conſ.* 12. Spectant huc verba Baldi *ad l. Nemo C. de ſentent. & interloc. omn. jud. Romanæ leges*, inquit, *ut ratio naturalis omnibus imperant.* Quibus conſentanea habet Eguineus Baro *lib.* 1. *de jure beneſic. tit.* 2. & ad *l. ſi reus C. de pact. Libros noſtros Juſtinianeos* ait, *velut ſalvas ex magno naufragio tabulas religioſiſſimè ſemper colimus, quondoquidem hodie nihil melius habemus, ad cujus exemplum Reſpublicas noſtras inſtituamus & gubernemus.* Addere hic licet ea quæ ſunt apud L. Charond. *reſponſ. du droict. Franc. lib.* 3. *reſponſ.* 81. *Leges Romanorum*, ſcribit, *continent omnia præcepta de officiis civilibus & judiciis, in quibus nihil quod ad ſtatum politiæ cujusque pertinet deſiderari poſſit.* Addatur Arthur. Duck. *d. tr. lib.* 1. *c.* 2. *§.* 2. Unde & vel apud Turcicam gentem magnam juris Juſtinianei eſſe autoritatem aſſerere haud dubitat Polybius & poſt eum Scipio Gentilis *in Orat de leg. Reg. p.* 58. *& ſeqv.* Verba ejus apponere operæ pretium eſſe videtur. *Tota Europa*, inquit, *ad hunc usque diem ſua ſponte non imperio coacto, jus Romanum & Codicem Juſtiniani colit, ſanctiſſimisque in rebus habet: Taceo Germaniam, Italiam, Galliam, Hiſpaniam, quæ quatuor maximæ & nobiliſſimæ nationes Europæ numerantur: In ipſo imperio Turcico ſummam eſſe Juſtiniani Codicis venerationem & autoritatem in judiciis quis non obſtupeſcat? Atque hoc*, pergit, *viri optimi & doctiſſimi ſcribunt, qui ſe etiam vidiſſe Conſtantinopoli Codicem hunc propoſitum in tribunalibus, atq; ad eum tanquam ad oraculum Cadileſcheros illos (judices ſunt) recurrere affirmant. Neque tamen hoc in Turcis, in Romani Imperii domicilio nunc habitantibus, tam eſt admirandum, quam olim fuit in Colchis, quos Agathias inſignis Scriptor Hiſtoriæ, non Barbaros eſſe, neque ita vivere, ex eo probat, quod ad civile & legale vivendi genus ex conſuetudine cum Romanis traducti fuiſſent.* Addatur Reinking. *de R. S. & Eccl. l.* 2 *claſſ.* 2. *c.* 5. *n.* 64. Arthur. Duck *d. autor. jur. civ. l.* 2. *per tot.* Vidiſſe verò Leunclajum in tribunalibus Turcicis Codicem Juſtinianeum, teſtis eſt Treitlerus 1. *Diſp.* 1. *th.* 5 *lit. a.* quod & alii obſervant, Buſius *ad l.* 6. *ff. d. J. & J, n.* 2. Grœnewegen *de LL. abrogatis*

ad

ad proœm. I. n. 1. quibus omnibus tamen non attentis aſſertum hoc communem appellare fabulam, haud veretur D. Gerhard. Feltmann. *ad l. 2. §. 3. ff. d. O. J.* mirandum enim eſſe, ait, quod ex tot Legatis, iisqve, qui ipſis ab epiſtolis, nemo repertus fuerit, qui eum librum Jurisprudentiæ veteri reſtituerit, & omnium maximè, quod ipſe Leunclajus iſtum juris priſci theſaurum non effoderit. Sed cum noſtrum ſit inſtitutum non apud quos, ſed cur convaluerit Jus Juſtinianeum, inquirere, relicta controverſia an apud Turcicam gentem illud autoritatem obtineat, nec ne, rationem illam modo ſuppeditatam paulo accuratius examinabimus, quæ eſt, quod leges Juſtinianeæ præprimis in Imperio Romano-Germanico ob ſummam quam continent æquitatem, omnigenamqve ſuam perfectionem convaluerint, & miſſo quidem æquitatis fundamento, de perfectione ejus ſaltem quædam adducere placet. Quamvis igitur ſuam Juri Juſtinianeo haud denegemus perfectionem, eam tamen eò usqve procedere, ut omnibus ſufficere poſſit Rebuspublicis conſtanter negandum eſſe ducimus. Etenim illa jura, quæ magna ex parte merè ſunt poſitiva, & ita lata, ut certæ alicujus Reipubl. utilitatem reſpiciant, ſummæ perfectionis, omnibusqve Rerumpublicarum formis regendis idonea aſſerere velle perabſurdum eſt. Rectè namq; ait Philoſophus 5. *Eth. 3. pr.* Juſta quodammodo eſſe ea omnia quæ legitima ſunt, cum leges omnibus de rebus ita loquantur, ut vel communem omnium utilitatem ſpectent, vel optimorum, vel eorum penes quos ſumma rerum eſt poteſtas, & quidem vel ſecundùm virtutem vel ſecundùm quem alium modum. Quia igitur utilitas Rerumpublicarum maximè variat, non easdem ſed alias atque alias ſingulas Rerumpublicarum formas efflagitare leges, neque ſolas leges Romanas omnibus ſufficere, quis dubitaret, unde & idem Philoſophus alias ferendas eſſe leges in ſtatu democratrico, alias in ſtatu oligarchico claris docet verbis *Rhetor. ad Alex. c. 3. med.* Nec profectò ipſemet Juſtinianus corpori ſuo tantam attribuit perfectionem. Id quidem ſibi habuit perſvaſiſſimum, omnem ſuis auſpiciis, obſcuritatem, confuſionem, diſſonantiam atque ſuperfluitatem juris Romani quibus vitiis illud antehac graviſſimè laborabaverat, feliciter eſſe ſublatam, nequaquam tamen in hac fuit opinione, jus illud tanta nunc conſtare perfectione, ut vel ſolis Romanis rebus omni ex

 par-

parte illud ſemper ſufficiat, multo minus ut ſit idoneum omnium aliarum gentium Rebuspubl. moderandis, aut quod debeat eſſe jus commune omnium hominum. Confirmant hanc meam ſententiam verba illa, quibus uſus eſt Imper. in §. 14. conſtitutionis qua Digeſta confirmavit, quæ brevitatis ſtudio ductus adſcribere ſuperſedebo cum ex fonte plenius appareant. Neque obſtat illud, quod ſtatim ſub initium cap. 1. Th. 1. à me dictum, habuiſſe ſcilicet Rempubl. Romanam omnes fermè Rerumpubl. formas, & ad omnes ferè Reſpublicas in Jure noſtro accommodatas reperiri leges. Quamvis enim de legibus Juris Romani quodammodò hoc largiamur privatis, tantum tamen abeſt, ut de legibus ad ſtatum rei Romanæ ſpectantibus hoc concedamus, ut potius contrarium aſſerere nobis multò tutius eſſe videatur. Et hæc eſt ratio, cur jus Romanum privatum, quod eſt de cauſis ac negotiis privatis, majorem habeat in Germania autoritatem, quàm jus Romanum publicum, quod in tribus libris ultimis Codicis potiſſimum reperitur, cum illud non ita ad noſtrum quadret ſtatum, neque eodem modo cum privato ſit receptum. vid. Fr. de Amaya *præf. in tres libr. Cod. poſter. n. 4. Conring. præfat, in Tacit. de morib. German.* Magnif. Dn. Struv. *S. J. C. Ex. 2. th.* 36. Illud quidem verum eſt, poſſe jus Romanum privatum omnibus fermè applicari Rerumpublicarum formis, cum nomothetica apud nullum unquam populum in tanto floruerit faſtigio, quàm apud populum Romanum, præſertim tempore Juſtiniani Glorioſiſſimi illius Imperatoris, quo reſpicere videtur Arthur. Duck. ſupra *tit. tr. lib. 1. Cap. 2. L. 2. Deus*, inquit, *pro ſingulari providentia ſua in genus humanum, erexit & excitavit gentem Romanam, in Imperii faſtigium; ut per eam daret leges orbi terrarum tam pias juſtas ac ſalutares, quales nec ab ullo Rege populoque data unquam fuerunt.* Minimè tamen exinde accuratè infertur, illud in totum ſufficere, neque aliis opus eſſe legibus, præſertim cum humani juris conditio ſemper in infinitum decurrat, & nihil ſit in eo quod ſtare perpetuò poſſit, natura novas quotidie negotiorum edere formas deproperante. Arridet hinc opinio Hahn. *ad Weſ. paratitl. tit. d. LL. n. 3. p. m.* 30. præſtare ſcil. hoc multis juriſprudentiam Romanam & ſibi gloriari poſſe, quod compilatorem Imperatorem ipſum habuerit, juſtitia & ratione nitatur; eoque

no-

nomine maximam, tum apud Romanos tum apud alios, (poſt patria jura) recepta & adepta ſit autoritatem, ad quam nullius unquam gentis leges pervenerunt.

VII. Sed neque eorum opinio meretur aſſenſum, qui propterea convaluiſſe Jus Juſtinianeum affirmant, quod Romani veteres univerſum tenuerint mundum, vel omnem illum occupandi jus habuerint, quam defendunt Paurmeiſter (qui propterea ab Hippolyto à Lapide homo Imperatoriæ majeſtatis in omnibus deditiſſimus dicitur) *lib. 2. de Juriſd. Imperii cap. 1. n. 20.* Matth. Stephan. *lib. 2. de Juriſd. part. 1. cap. 1. n. 48. & ſeqq.* fundamentum aſſertionis ſuæ ponentes *in l. 9. ff. ad C. Rhod. de jactu Conſtit. de Juſtin. Cod. confirm. pr. N. 105. cap. 2. in f.* id quod Bartolum *in l. hoſtes ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* induxit, ut contrariam opinionem defendentem, pro hæretico declaret, propter dictum illud Lucæ 2. *verſ.* 1. ita ut mortaliter peccet Hoſtienſ. *in c. venerabilem X. de electione.* add. Limn. *lib. 2. de Jure publ. cap. 8. n. 2. & 3.* ubi quamplurima veterum teſtimonia adducit. Etenim totum terrarum orbem paruiſſe aliquando Romano populo, aut ejus Cæſaribus, maximè monumentis hiſtoricis contrariatur, ita ut hodie in tanta literarum luce id aſſerere vel indocti hominis fuerit vel impudentis, quæ eſt ſententia Conring. *Diſſ. de Imper. Rom. Germ. th. 7.* qui & alibi ſcribit. Ex illo, quod Imperatores antiqui ſe mundi dominos vocaverint, aut quod in ſacro Lucæ Evangelio Romani Imperii orbis οἰκουμένης voce ſit appellatus; credere cum quibusdam velle, nihil non terrarum Romanis paruiſſe, non amplius errorem, ſed ſtuporem eſſe. Addatur Grotius *lib. 2. d. J. B. ac P. c. 22. n. 13.* Beſold. *in Diſcurſ. de Juriſd. Imper. Rom. dict. cap. 6.* Suthold. *Diſſert. de Juriſd. aph. 25.* Nec ad rem facit adducta *l. 9. ff. ad L. Rhod. de jactu*, hæc enim prorſus alium habet ſenſum, ſicuti accuratiſſime eam ex Michael. de Luna & Arellano explicat Magnif. Dn. Struv. *S. I. C. Ex. 20. th. 29. add.* Jac. Gothofr. *ad cit. l.* ἀξίωσις *ſeu l. 9. ff. ad L. Rhod. cap. 7. p. 33.* Carpz. *ad L. Reg. German. cap. 7. ſect. 4. n. 30.* Reincking. *d. R. S. & Eccleſ. lib. 1. claſſ. 3. cap. 13. n. 14.*

VIII. Remanet igitur, ut æquitatem, quæ maximè ſubeſt juri Romano privato, ejus convaleſcentiæ cauſam ponamus. Ea enim eſt legum Romanarum cum naturali æquitate, & utilitate convehi-

nlentia, ut ad illarum quam multas, (nec enim usquam terrarum obtinent univerſæ) tanquam communem εὐνομίας confugiant omnes, præprimis cum omnia fermè negotia, quæ unquam inter homines oriri poſſunt, ex genuinis rectæ rationis & veris juris naturæ principiis ac fundamentis, in iis decidantur. Accedit liberum Imperatoris Maximiliani & Ordinum Imperii arbitrium, per quod in tantum leges Juſtinianeæ in Republ. noſtra convaluere. Et hanc eſſe veram atque genuinam Juris Romani convaleſcentiæ cauſam pluribus probat Conring. *lib. de O. Jur. Germ. cap.* 33. Cui ſuum apponit calculum Dn. Struv. *d. vind. priv. cap.* 1. *aphor.* 1. *n.* 4. *Nullas meliores, ait, & æquiores invenies legibus Juſtinianeis, utpote quæ à prudentiſſimis JCtis (Impp. poſtea confirmantibus) ex ipſa naturali æquitate ſunt deductæ, & per eaſdem jus naturæ egregiè eſt excultum: Unde etiam plurimis in terris receptæ & ubique magnæ ſunt autoritatis,*

IX. Et hæc de jure ſcripto, ſequitur nunc *jus non ſcriptum ſeu conſuetudo*, quæ eſt jus ſubditorum uſu introductum tacitoque ſummæ poteſtatis conſenſu approbatum *arg.* §. 9. 1. *d. J. N. G. & C.* Hæc autem non ſolum ſæpè ſæpius convaleſcit, ſed & mediante ea leges abrogatæ priſtinum nonnunqvam reaſſumunt vigorem ſicqve reconvaleſcunt, habet enim conſvetudo vim legis *l.* 32. *ff. d. LL. l.* 13. §. 1. *ff. commun. prædior.* & tolerabilia ſunt quæ vetus comprobat conſvetudo. *l.* 13. *in f. ff. de pollicitat.* Sic in Belgio jus Romanorum conſvetudine convaluiſſe, teſtis eſt Dn. Feltman. *ad l.* 40. *ff. d. LL.* Et hoc eſt quod dicitur à Modeſtino *in l.* Omne jus, aut conſenſum feciſſe, aut neceſſitatem conſtituiſſe, aut firmaſſe conſvetudinem. Exemplum hujus rei ſpeciale eſt in jure retractus conſangvinitatis, qvod qvamvis Valentiniani, Theodoſii & Arcadii Impp. conſtitutione in Imperio abrogatum *l.* 14. *C. d. contr. empt.* illud tamen poſtea ex generali quadam conſvetudine ubiqve fermè locorum convaluiſſe teſtantur Gail. *l.* 2. *obſ.* 19. *n.* 1. Richter. *deciſ.* 76. *n.* 17. Coler. *deciſ.* 15. *n.* 42. ut ideò rectè dicamus ſtatutis locorum vel conſvetudine hoc jus reductum eſſe atqve convaluiſſe Brunn. *ad. d. l.* 14. *n.* 2. ita ut hodiè propinqvi cognati non obſtante hac lege, ſed contrariæ conſvetudini cedente, habeant hoc jus, ut oblato pretio, qvod extraneus dedit poſſint retrahere res immobiles, ratione *l.* 14. *C. d. t.*

non

non attenta. Berlich. *p.2. concl.39.n.3.* Notandum tamen quod illud, qvod de convaleſcentia conſvetudinis dictum, verum ſit ſolùm de eâ, qvam rationabilem vocare ſolemus. Irrationabilis enim ſicuti conſvetudinis nomen haud meretur, ita qvoqve lege infirmata atqve reprobata, convaleſcere non debet, neqve poteſt, contra legem namqve, qvæ conſvetudinem prohibet, non poſſe convaleſcere eandem, commune Dd. eſt brocardicum, de qvo fusè agit Vaſqv. *part.2. illuſtr. q.1.c.3.* Sic Frider. II. per famoſiſſimam illam *auth. navigia C. d. furtis* irrationabilem illam ſuſtulit conſvetudinem, qvâ bona naufragorum fiſco applicabantur, ſicqve afflictis addebatur afflictio, qvæ propterea convaleſcere minimè debet. Et licet in Gallia conſvetudo obtineat contraria, ut bona naufragorum retineantur, meritò tamen illam irrationabilem dicimus, & neminem in conſcientia tranqvillum reddere poſſe affirmamus cum Petro Rebuffio *in præfat. ad Leges Regias Gl. 5. n. 74.* conferatur Gail. 1. *obſ.* 18. & Petrus Gregor. *lib. 37. Syntagm. cap. 3. n. 2.*

X. Reconvaleſcit qvoqve interdum actus ſtricto jure non ſubſiſtens, ex generali ratione, mediante æqvitate, qvæ jure qvodam melius jus eſt Ariſt. 5. *Eth. 14. pr. & med.* & juris legitimi correctio, *ibid. fin.* ita ut nullum vel exiguum ſaltem aliàs habens valorem, æqvitate tamen adhibita convaleſcat, qvod cum per ſe manifeſtum ſtudiò ſicco lubet præterire pede.

Cap. III.

De

Convaleſcentia reſpectu perſonarum.

SUMMARIA.

I. *Perſonæ pro diverſo conſiderandi modo variè dividuntur.* II. *Libertas quid, ejusque convaleſcentia. Captivorum modernorum ſtatus quando convaleſcat.* III. *Status hominum propriorum quomodo & quando convaleſcat.* IV. *Servorum ſtatus nonnunquam convaleſcit, ut libertatem adepti facto ſuo illam amittant.* V. *Li-*

beri emancipati de novo patriæ poteſtati ſubjici poſſunt. Non tamen propterea ingratitudo eſt modus patriam poteſtatem conſtituendi. Q. An citra delictum emancipatio ſemel facta, cum conſenſu emancipantis & emancipati reſcindi queat, ſicque convaleſcere patria poteſtas? N. VI. *Sponſalia ab initio invalida poſtmodum convaleſcunt.* VII. *Matrimonium metu promiſſum ipſo jure nullum eſt. Sponſalia metu contracta convaleſcunt tribus quatuorve modis.* VIII. *Binis ſponſalibus contractis, ſi prioribus de futuro copula acceſſerit carnalis, convaleſcunt ea, præferuntur q; ſponſalibus de præſenti. Idem dicendum de ſponſalibus clandeſtinis collatis cum publicis.* IX *Q. Si binubus poſteriora ſponſalia de præſenti, aliàs illicita atque inutilia per nuptias & benedictionem conſummaverit, num convaleſcentiæ locus ſit?* X. *Deſponſationibus clandeſtinis ſi acceſſerit concubitus illa convaleſcunt. Fallit in caſu, ſi parentes prægnantes diſſenſus ſui cauſas valeant exponere. Q. Num pater pro liberis ſuis ſponſalia contrahere poſſit?* XI. *Ratione conſangvinitatis vel affinitatis quædam matrimonia ab initio illicita convaleſcunt accedente diſpenſatione ſummi Principis.* XII. *Convaleſcunt ratihabitione Parentum.* XIII. *Matrimonium cum infideli initum à Chriſtiano convaleſcit ſi per benedictionem ſacerdotalem fuerit conſummatum.* XIV. *Matrimonium ritè contractum ob cauſas ſupervenientes rurſus diſſolutum, nova voluntate convaleſcit.* XV. *Tutela materna ſemel finita non reconvaleſcit.*

I.

Generalibus hiſce expoſitis ad ſpecialiora nunc facio acceſſum, acturus primo loco de convaleſcentia ratione perſonarum. Sunt enim perſonæ nobiliſſimum juris objectum, utpote cum omne jus ſit perſonarum cauſa, perque eas adminiſtretur. Variè autem pro vario conſiderandi modo perſonæ dividuntur, juxta naturalem namqve ſtatum ratione ſexus diſtingvuntur in mares & fœminas, non obſtante, qvod dentur hermaphroditi, hi enim ejus ſexus ſunt æſtimandi, qvi in illis prævalet *l.10.ff.d.ſtat.hom.* Alphonſ. à Caranza *tr.d.partu legit. c.17.n.66.* ratione nativitatis in natos atqve naſcituros. Ex jure gentium porrò ſumma perſonarum diviſio eſt,

qvod

qvod omnes homines ſint vel liberi vel ſervi, unde libertas atqve ſervitus *pr. I. d. J. P.* ex qvibus liberi ſubdividuntur in ingenuos atqve libertinos. Ex jure civili deniqve dividuntur homines in eos, qvi ſunt ſui juris vel alterius juri ſubjecti *l. 1. pr. ff. de his qui ſui vel alien.* de ſingulis ſigillatim.

II. Miſſa verò definitione à ſtatu naturali deſumpta, eam, quæ juri gentium ſuam debet originem, ſtatim aggredior. Et libertas quidem eſt naturalis facultas ejus qvod unicuiqve facere libet, niſi ſi quid vi aut jure prohibetur §. 1. *I. d. t.* Vis autem hæc non omnimodè tollit libertatem, ſed ejus ſolum liberum impedit exercitium, unde & à latronibus capti liberi manent *l. 13. ff. qui teſtam. facere poſſ.* reconvaleſcit tamen liberum hoc libertatis exercitium impedimento ſublato. Penitus autem tollitur libertas captivitate, utpote qvæ ſervitutem inducit, qvæqve ſimul cum libertate ſtare neqvit, cum unius poſitio ſit alterius excluſio, ſed & ea jure poſtliminii, qvo omnia jura is, qvi in hoſtium fuit poteſtate, recuperat, convaleſcit *t. t. ff. de jur. poſtlim.* Hodie verò cum modeſtius cum captivis agant Chriſtiani inter ſe collati, Chriſtianorum captivi ſervi non fiunt, etiamſi in juſtiſſimo capti fuerint bello. Bartol. *in l. 24. in f. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* Huſan. *tr. de Hominib. propr. cap 1. n. 40.* nihilominus tamen competit victoribus talis captivorum detentio, qva λύτρον ſeu liberationis pretium, noſtro idiomate die Rantzion/ ab iis extorqvent, inde & horum captivorum ſtatus tum demum convaleſcit, ſi pretium hoc victori fuerit exſolutum, anteqvam enim hoc factum, non qvidem in ſtatu atqve conditione ſervili, ſed magis jure pignoris retinentur *l. 2. C. d. libert.* niſi hoc jus ſeu pignoris nexum ipſis remiſſum eſſe oſtendere poſſint Perez. *in C. d. t. n.* 12 aut fortè ſub cautione juratoria, vel etiam nuda repromiſſione, (uf Cavalliers Parole) citius fuerint dimiſſi. Soluto igitur redemptionis pretio illicò quidem reſtituitur captivus, ſi modo propria ſua ſe redemerit pecunia, qvod ſi enim aliena fuerit redemptus, tunc demum ejus ſtatus convaleſcit, cum pretium conventum ſolverit redemptori, vel redempto alio aliqvo judicio illud fuerit remiſſum *l 17. C. de poſtlim. reverſ.* vel ſi alio modo is, qvi pretium dedit, illud amittere debeat, forſan qvod redemptam proſtituerit *l. 7. C eod.* Brunn. *ibid. n.* 20. aut tacitè pretio renunciet, eam in uxorem ducendo *l. 13.*

 C. eod.

C. eod. Determinationem verò hujus pretii redemptionis ſuggerit Philipp. *Uſu. Inſt. Practic. l. 1. ecl. 37. n. 9. & ſeqq.* add. Receſſ. Imperii *d. an.* 1570. *art.* 44. & 45. Qvamvis verò Chriſtiani inter ſe collati ſervitutem extra uſum eſſe juſſerint, experientia tamen efficax rerum magiſtra ſatis ſuperqve teſtatur, qvod etiamnum ea, collatis Chriſtianis cum infidelibus, Turcis ſcilicet atqve Saracenis, in viridi ſit uſu atqve obſervantia; unde & Chriſtianos, contra Turcas atqve Saracenos aliosqve infideles, qvi à nobis captos in duriſſimam redigere ſolent ſervitutem, captivitatis jure, tanqvam jure talionis uti, docent Schneidevv. *ad* §. 3. *I. d. J. P. in pr.* Alberic. Gentilis *de Jure Belli lib.* 3. *cap.* 11. Hahn. *ad Weſ. tit. de captiv. & de poſtlim. n.* 1. & 3. Ex qvibus ultrò ſeqvitur, qvod ea qvæ de ſervis in jure noſtro reperiuntur, hujusmodi poſſint applicare captivis, ut in iis inveniant locum. Huſan. *tr. de Hominib. propr. c.* 1. *n. ult.* qvæ & ratio cur eorum bonis, qvi à Turcis & aliis infidelibus capti ſunt, juxta tenorem veteris juris, interim donec apud eos vivunt, curator detur. Eis verò in captivitate morientibus, eâ ipsâ horâ, qva in poteſtatem hoſtium redacti, mortui eſſe fingantur. Qvod ſi verò revertantur, jure poſtliminii, ſicuti olim ita qvoqve hodie eorum ſtatus convaleſcit, ita ut patriam poteſtatem & omnia alia jura civilia recuperent. Intelligendum hoc tamen non de omnibus, ſed de iis ſolùm, qvi capti ſunt & inviti ab hoſtibus detinentur, qvi enim transfugerunt ad hoſtes, regulariter nullum habent poſtliminium, adeoqve & eorum reſpectu nullus erit convaleſcentiæ locus, qvia animo proditoris & malo conſilio patrios reliqverunt lares, & ideò hoſtium numero habendi *l.* 19. §. 4. *ff. de captiv. & de poſtl. reverſ.* Brunn. *ad l. ult. C. eod.*

III. Dictum th. 1. liberos homines eſſe vel ingenuos vel libertinos, cum qvibus poſterioribus, & qvidem in ſpecie cum antiqvis libertinis dedititiis cognationem qvandam atqve affinitatem habere affirmant ruſticos hodierni temporis, qvos vulgo homines proprios Leibeigene Leute vocare ſolent. Beſold. *in Theſaur. Pract. verbo* Laſſen/ qvos Saxones antiqvi nominarunt Lazzos die Laſſen/ qvaſi relictos in provincia Landr. *l.* 2. *a.* 59. *ibiqueGloſſ. n.* 4. Philipp. *U. I. Pr. l.* 3. *ecl.* 32. *n.* 9. & *ſeq.* qvibus olim ſubjugatis atqve devictis terræ colendæ ſunt relictæ, ne provincia in ſolitudinem redacta victoribus eſſet

ſet infructuoſa. Treutl. *V.* 2. *D.* 2. *th.* 4. *lit. B.* Verba Gloſſæ hæc ſunt. Wer in Sachſen recht zu Zinßgut gebohren iſt/ der iſt ein Laß/ der mag Sich des Guts nicht annehmen ohne des Herren Willen. Die ſind die unſere Eltern lieſſen/da Sie die Lande bezwungen auf Beſcheid. Et hi invitis dominis ſuis abire non poſſunt. Sie können ohne Jhrer Herren Wiſſen und Willen weder Leib noch Gut verändern. Verùm ſicuti eorum ſtatus, qvi in ſervitute erant, manumiſſione, aliisq; modis antea convaleſcebat, ita qvoq; hodie hominum propriorum ſtatus variè convaleſcere poteſt. Nam (1) proprii homines eximuntur jurisdictione dominorum ſuorum propter nimiam eorum ſævitiam Richter. *Deciſ.* 98. *num.* 13. cum propter nimiam crudelitatem imperium & jurisdictio alicui auferri poſſit Carpzov. *lib. Reſponſ.* 53. *n.* 11. Philipp. *U. I. Pr. l.* 1. *ecl.* 43. D D. communiter *ad* §. 2. *I. de his qui ſui*, id quod in tantum procedit, ut judex, etiamſi ſubditi nullam moveant querelam, tamen pro imperii ſui dignitate ex officio ſtatuere poſſit, imò debeat. Faber. *ad d.* §. *f.* 1. *d. his qui ſui.* (2) Quemadmodum omnia ſervitutis incommoda, ita & ipſa ſervitus propriorum hominum pactione ac transactione interimitur Goldaſt. *Rer. Alemann. tom.* 2. *fol.* 25. (3) Perit ſtatus propriorum hominum ſervilis, ſicque convaleſcit liber, tacita dominii remiſſione, id quod accidit præſcriptione libertatis. (4) adeptione dignitatis, ſi v. g. homo proprius, ad Doctoralem, Magiſterialem, Notariatus, vel aliam quandam dignitatem, cujus alias incapax eſt, conſequatur, ad exemplum liberti *l.* 34. *ff. d. oper. libert. N.* 22. *cap.* 11. præſumitur enim dominum tacitè hoc caſu cum eo diſpenſaſſe Sichard. *in pr. n.* 17. *B. d. oper. libert.* (5) Deniqve convaleſcit ſtatus propriorum hominum, præſertim ſi liberæ antea fuerint conditionis, manumiſſione, ſolent enim aliquando domini eos data pecunia manumittere Chriſtoph. Lehmann. *Chronic. Spirenſ. lib.* 2. *cap.* 29. von Anfang der Leibeigenſchafft in Teutſchland/was ſelbe vor Beſchwerden/ und durch was Mittel ſelben abzukommen. Add. Hunn. *ad Tr. V.* 1. *D.* 2. *θ. tit. D. qv.* 9. Imò fit hæc manumiſſio propriorum hominum vel ab ipſis dominis tam inter vivos quam in ultima voluntate, ita ut ea heredi facienda injungatur, vel ab ipſo Imperatore per poteſtatis ſuæ plenitudinem. Neceſſe autem eſt, ut ita manumiſſi homines proprii literas dimiſſorias à manu-

 mit-

mittentibus petant, quibus libertatem oſtendere valeant, quæ vocari ſolent literæ teſtimoniales, ſive inſtrumenta manumiſſionis, & ab Italico verbo affurancare Affrancamenta, in vernacula Laß vel Leß-Briefe/ ſeu Mann-Recht; vid. Hering. *de Fidejuſſ. cap. 5. n.* 333. Beſold. *Theſaur. Pract. verb.* Bürger *& verbo* Laß-Briefe Wehner. *verb.* Mann-Recht. add. Phil. *U. J. Pr. l.* 1. *ecl.* 39. *per tot.* Quod ſi enim proprio motu aufugerint tanquam ſervi fugitivi ſui furtum facere dicuntur, neqve ab ullo ſub pœna violatæ pacis publicæ recipi debent. Ord. Cam. p. 2. tit. 14. Von den ausgetretenen Unterthanen/ ſo wider Ihre Obrigkeit enthalten werden. Gail. *de arreſt. Imper c.* 8. *n.* 14. D. Chriſtophor. Wegner. *de Differentiis Juris Civilis Cæſarei & Provincialis Prutenici Th.* 3. *lit. g.* ubi quid juris in Pruſſia circa homines Prutenicæ conditionis exponit.

IV. Servorum porro ſtatus nonnunquam convaleſcit, ita ut libertatem adepti, facto ſuo illam amittant, ſicque ſervili ſtatui reſtituantur. Accidit hoc illis, qui ob ingratitudinem erga patronos ſuos in ſervitutem revocantur, hi enim omnes libertatem amittunt §. 1. *I. d. cap. dem.* cum ingratitudo faciat revocare beneficia atque privilegia DD. *ad. l. f. C. de revocand. donat.* Enenckelius *de priv. lib.* 3. *cap.* 17. *per totum* & conſequenter quoque libertatem *arg. l.* 4. *ff. de obſeqv. parent. & patr. praſt. N.* 78. *c.* 2. §. 1. beneficium enim amittere meretur, qui conceſſa abutitur facultate. *arg.* §. 2. *J. de his qui ſui.* Et hoc procedit in tantum, ut etiam ob levem offenſam in ſervitutem quis revocetur, ſtatusque ejus convaleſcat *l.* 2. *C. de libert. & eor. liber.* cum culpa levis reſpectu perſonæ, cui quis reverentiam debet, pro gravi reputetur. Sic injuriam atrocem ex perſona inferentis atque patientis æſtimare ſolemus Bart. *ad l. non ſolum* §. *ſi mandato ff. d. injur.* unde & tritum illud diſtichon.

His tribus ex cauſis injuria dicitur atrox
Facti, perſonæ, vel ratione loci.

Imò & liberi non ante ſed poſt manumiſſionem nati duriſſimam hanc conditionem ſimul cum patre experiri coguntur, dummodo ingratitudo ſervi manumiſſi coram ordinario vel delegato judice probari poſſit, ea enim quæ facti ſunt, probationem requirunt. Sed an hæc ob levem offenſam ſtatus ſervilis convaleſcentia naturali conveniat æquitati, & præceptis Chriſtianæ religionis per omnia ſit con-

conformis, diſputat Brunn. *ad d. l. 2. C. de. libert. & eor. liber.* qui videatur.

V. Tranſeamus nunc ad eam perſonarum diviſionem, quæ Jur. civili ſuam debet originem, ex qua quædam perſonæ ſunt ſui juris, quædam verò alterius juri ſeu poteſtati ſubjectæ. Sui juris quæ ſunt, patresfamilias dici ſolent, & ſunt tales *vel ratione juris,* qui habent jus familiæ, & de quibus negatur ſubjectio, cum ſuæ ſint poteſtatis *l. 4. ff. de ſtatu hom. l. 195. §. 2. d. V. S. vel ratione actualis exercitii,* de quibus non ſolùm negatur ſubjectio, ſed qui & ipſi familiæ jam imperant. Alterius juri ſubjectæ perſonæ, ſunt vel in poteſtate dominica, vel in poteſtate patria, quam conſtituunt juſtæ nuptiæ, legitimatio atque adoptio. Quemadmodum verò ingrati liberti in ſervitutem revocari poſſunt, ita & liberi ingrati, qui beneficio emancipationis patriam poteſtatem egreſſi ſunt, ei de novo ſubjici ſolent, quo ipſo patria poteſtas per emancipationem ſopita quaſi reviviſcere ac convaleſcere incipit *l. un. C. de ingrat. libe.* Brunn. *ad l. 12. ff. d. adopt.* Hæc autem ingratitudo in duobus potiſſimum conſiſtit (1) in acerbiori convitio, (2) in injuria reali ſeu violentæ manus injectione Donell. *lib. 2. cap. 24. add.* modo laudatus Brunn. *ad d. l. un. C. de ingrat.* Non verò hoc ipſo ita convaleſcit patria poteſtas, ut ingratitudo ſit modus patriam poteſtatem conſtituendi, ſed potius modus eam reſtituendi. Sicuti enim liberi ſui juris ingrati, non hoc intendunt, ut fiant juris alieni, ita neque poſita ingratitudine ſtatim ponitur patria poteſtas, id quod tamen fit in nuptiis ac legitimatione. Id ergo ſolum operatur ingratitudo, ut propter eam emancipatio reſcindatur, & liberi in patriam poteſtatem revocentur, ſicque antea conſtituta poteſtas continuetur atque convaleſcat. D. Svendendörff. *ad Eck. tit de his qui ſui §. 11. in not.* Sed quæritur: *an citra delictum emancipatio ſemel facta, cum conſenſu emancipantis & emancipati reſcindi, ſicque convaleſcere queat patria poteſtas?* Negamus hoc cum Brunnem. *ad c. l. 12. ff. d. adopt.* & D. Feltmanno *ibid.* cum notam morum emancipatus hoc ipſo ſibi inureret, quia nemo in poteſtatem patris jure redit, niſi qui ingratus fuit *l. un. C. de ingrat. liber.* Hodie filia, quæ per nuptias exiit poteſtate patris (matrimonium enim filiarumfamilias de moribus indiſtinctè nexum patriæ poteſtatis ſolvere docet

cet

cet Philipp. *Uſu Inſt. Pract. l.* 1. *ecl.* 77. *n.* 5.) mortuo marito in eandem non recidit Carpz. *p.* 2. *c.* 10. *d.* 2. Berlich. 2. *concl. tract.* 11. *n.* 52. Argentræ *ad conſuet. Britan. a.* 410. Cephalus *conſ.* 432. *n.* 16. & 42. aliique quàm plurimi, quos catervatim citat D. Feltman. *l. c.* ita ut mors mariti non faciat patriam poteſtatem reſpectu filiæ convaleſcere. Solvitur quoque patria poteſtas morte civili, deportatione ſcilicet patris vel filii. Sicuti enim mors naturalis animam à corpore, ita mors civilis civem delinquentem à Republica diſſolvit, & inſtar putridi cujusdam membri ab ejus corpore ſeparat. Harpr. *ad* §. 1. *I. quib. mod. patr. pot. ſolv.* quapropter & capitis deminutionem paſſi civitatem h. e. jus civitatis amittunt, & ſimul hoc ipſo etiam patriam poteſtatem, ut pote quæ & ipſa inſignis juris civilis eſt effectus §. 2. *I. d. p. p.* Sed deportati reſtituti, ex indulgentia Principis, quod jus aggratiandi dicitur, wenn ſie die Landes-Huld wieder erhalten / per omnia priſtinum recuperant ſtatum, & ſic ea quoque, quam deportatione amiſerant, convaleſcet patria poteſtas. *vid. t. t.* præprimis verò *l. ult. ff. de ſent. paſſ. & reſtit. add. l.* 13. *pr.* C. *eod.* quod tamen ita intelligendum, ſi plenè & non communiter fuerint reſtituti per *l.* 8. *l.* 9. *l.* 13. C. *d. t.*

VI. Inter tres illos patriam poteſtatem conſtituentes modos, quorum theſi præcedente mentionem feci, primum occupant locum *juſtæ nuptiæ*, quas præcedunt ſponſalia, unde antequam de convaleſcentia nuptiarum agere incipiam, de ſponſalibus quædam mihi præmittenda erunt. Sicuti autem ipſæ nuptiæ talem involvunt conjunctionem, quæ non in copula carnali conſiſtit, ſed potius in conjunctione animorum, conſenſus enim non concubitus facit matrimonium *l.* 30. *ff. d. R. J. l.* 2. *ff. d. R. N. l.* 4. *ff. d. ſponſal. l.* 22. *C. de nupt. c.* 14. *c.* 23. *X. de ſponſal.* unde & de ſubſtantia & veluti baſis & cauſa efficiens matrimonii eſſe dicitur: ita & ſponſalia hac animorum conjunctione perficiuntur, quæ in conſenſu certo, claro exqve pleno rationis uſu profecto conſiſtit. Ex quibus prono fluit alveo, quænam ſit ratio, cur ſponſalia ab eo contracta, qui extremè ebrius, ita ut neq; pes neq; mens ſuum fecerit officium, non valeant. Weſ. *in paratitl. ff. d. R. N. n.* 8. Beuſt. *de Sponſal. c.* 11. Carpz. *p.* 2. *c.* 15. *d.* 36. *n.* 5. in eo enim omnis rationis uſus eſt extinctus Covarruv. *Tom.* 1. *p.* 1. *d. Sponſal. c.* 5. *n.* 2. ita ut ab eo certus & ex pleno rationis uſu profectus conſenſus expectari nequeat

Un-

Unde & furioſo, mente capto & infanti, qui prorſus contrahere nequeunt in jure noſtro æquiparatur *l.1.§.12.ff.d.O.& A.c.5.diſt.35.c.7.& c.9.cauſ.15.qv.1.* Intelligimus autem, prout jam ante dictum, non quemvis ebrium, dantur enim gradus ebrietatis Carpz. *l.c.n.1.* ſed talem, qui usq; ad mentis alienationem poculis eſt obrutus, ſicqve ignorat, quid loquatur, quidve faciat. Convaleſcunt tamen roburqve acquirunt ejusmodi ſponſalia, ſi altero die ſponſus talis putativus, poſtquam edormivit crapulam, rationisqve ipſi reſtitutus eſt uſus, ſponſalia repetat acceptetqve gratulationem. vid. Hunn. *ad Tr. V. 2. D. 6. th. 4. qv. 36.* tunc enim quaſi ex nova ejus voluntate omninò valebunt atqve ſubſiſtent. Idem eſt, ſi glorietur talis de iis, quæ egit Franc de Ripa. *in l. ult. C. de revoc. donat.* vel etiam ſi ebrius quotidianæ ingurgitationi ac fallaciis ludificandi virgines honeſtas fuerit deditus, ne nimia aſſertionis hujus extenſione feneſtra aperiatur malitiis Carpz. *lib. 2. Jurispr. Conſiſt. def. 31. n. 12.*

VII. Non autem ſolùm certus, conſtans, atqve pleno gaudens rationis uſu eſſe debet conſenſus ſponſalia contrahentium, ſed & liber, quamvis enim per metum geſta ipſo jure nulla non ſint, ſed mediante reſtitutione reſcindantur *l. ult. §. 1. ff. quod metus cauſa. l. ult. §. 3. ff. l. 4. & 5. C eod.* exceptio tamen eſt in matrimonio metu promiſſo, qvod ipſo jure invalidum dicitur. *l. 14. C. de Nupt.* cum illud omninò liberum requirat conſenſum, non obſtante *l. 22 ff. d. R. N.* textus enim ille procul dubio accipiendus eſt de eo, qui coactus eſt à patre nuptias contrahere, quas ſine juſta cauſa ſubterfugiebat, ſiquidem ſi quis juſtam & ſufficientem habeat cauſam matrimonium recuſandi, omninò poteſt à patre diſſentire, neqve eum pater jure cogere valet. *l. 12. § 1. ff. de Sponſal. l. 14. C. de nupt.* Vel dicendum cum Dn Struv. *in Evolut. Ex. 8. Th. 11.* legem hanc unà cum *l. 4. ff. d. R. I* intelligendam eſſe de metu reverentiali, qui hujus non eſt loci, ſpectat enim hùc ſaltem metus major, qui etiam in conſtantiſſimum hominem cadere poteſt *l. 5. & 6. ff. quod met. cauſa*, ut mortis, vinculorum *l. 7. §. 1. ff. eod.* ſtupri. *l. 8. §. 2. ff. eod.* cruciatus corporis *l. 4. C. eod.* add. Panorm. *in c. cum dilectus n. 2. X. de his quæ vi metusve cauſa fiunt* Alex. *vol. 5. conſil. 156. n. 6.* Joachim à Beuſt *de ſponſal. c. 44. verſ. ſciendum tamen eſt pag. 174.* quamvis minor ſufficiat metus in fœmina, quàm in maſculo, quia natura mulieris eſt infirma & fragilis *l. 9. ff. de Jur. &*

 fact.

fact. ignor. Alber. Gentil. *d. Nupt. lib.* 3. *cap.* 10. Tiraqvell. *de jure Connub. lib.* 9. *concl.* 1. *part.* 9. *num.* 150. neqve enim in fœmina fas eſt quærere tantam perfectionem, quantam Ariſt. *in Eth.* viro bono præſcripſit. Carpz. *J. C. lib.* 2. *d.* 29. *n.* 7. Imò ne quidem in maſculo indifferens eſt metus, ſed quandoq; major, quandoqve minor ratione ſubjecti, unde arbitrio judicis relinquendum eſſe, an quis juſto timore perculſus matrimonium promiſerit nec ne, monet Carpz. *l. c. n.* 10. Gail. *lib.* 2. *obſ.* 93. *n.* 7. *per tx. in l.* 3. *inf. ff. ex quib. cauſis majores.* Sed multis modis evenire poteſt, ut & ejusmodi ſponſalia metu contracta convaleſcant atqve vigorem acquirant. *Primò* enim convaleſcunt ea, ſi is, qui metu coactus matrimonium promiſit, ſponte ſua familiariter deinde cum ſponſa converſetur, quandoqvidem non modo verbis, ſed & ipſo facto voluntas declarari poteſt, imò plus eſt factis demonſtrare quam verbis dicere *l.* 48. §. 3. *ff. de ædil. edict.* unde quoqve facta probè ſunt examinanda à prudente Judice ad exquirendam contrahentium voluntatem, pro ſubſiſtentia ſponſaliorum & conſummatione matrimonii. Præjudicio rem confirmat Carpz. *l. c. n.* 15. quod ob nimiam prolixitatem, adſcribere chartarum haud permittunt anguſtiæ. *Secundò* convaleſcunt ſponſalia vi metuve inita, ſi metus per ſubſequentem copulam carnalem voluntariam, vel cohabitationem ſpontaneam, aliumve actum liberum conſenſum exprimentem purgetur, *arg. l.* 2. *C. de his quæ vi metusve cauſa.* Pariſ. *lib.* 4. *conſil.* 170. *n.* 25. quia tunc præcedens violentia, aut juſtus metus in conſenſum tranſit. Notanter autem dixi requiri copulam voluntariam, violenta enim, puta ſi per vim puella fuiſſet cognita, idem efficere nequit *c.* 28. *X. de ſponſal.* Panorm. *ibid. n.* 7. *Tertiò* maximè omnium convaleſcunt violenta ſponſalia, ſi quis poſtea, ceſſante cauſa metus, ſponte ſua ea ratificet, quia metus ex intervallo purgari poteſt. Joachim à Beuſt *de ſponſal. cap.* 44. *p.* 175. Sed anne &, *Quartò*, per lætitiam vultu ſimulatam, metum præcedentem penitus eſſe ſublatum, ſicqve convaluiſſe ſponſalia dicendum? Diſtingvit Gail. *d. l. n.* 32 an adhuc appareant ſigna latentis metus nec ne, ita ut priori caſu neutiqvam convaleſcentia iis competat, qvia ſigna exteriora lætitiam præ ſe ferentia nullius ſunt momenti, quando certa metus indicia adhuc apparent, cum multi vultu riſum ſimulent, & premant nihilominus alta mente dolorem, benè tamen poſteriori. Vid. Bald.

ad

Digitized by Google

ad c. l. 2. C. de his quæ metus cauſa, ubi plures affert limitationes.

VIII. Accidit qvoqve nonnunqvam,ut qvis negligens juſti ac injuſti regulas, bina celebret ſponſalia, alia de futuro, alia verò de præſenti, ubi ſanè priora cedunt poſterioribus, utpote cum firmius tollat infirmius Dn. Struv. *S. J. C. Ex.* 29. *th.* Quod ſi verò prioribus ſponſalibus de futuro copula acceſſerit carnalis, & ſponſus ſponſam carnaliter cognoverit, convaleſcunt ea præferunturq; ſponſalibus de præſenti. Copula enim carnalis hunc habet effectum, ut ſponſalia de futuro hoc caſu pro publicis & de præſenti contractis habeantur, adeoqve firma & obligatoria ſint. Carpzov. *lib.* 2. *Juriſpr. Conſiſt. def.* 69. *n.* 5. Idem dicendum de ſponſalibus clandeſtinis collatis cum publicis; licet enim ſponſalia publica, etiamſi poſteriora clandeſtinis ſemper præferri ſoleant, præſertim cum contra contractum clam initum militet præſumptio fraudis & doli, qui ipſum annihilat; Salicet. *in l.* 2. C. *de repud. hered.* id tamen notabiliter qvoqve fallit, ſi prima clandeſtina concubitu ſint confirmata, tunc enim & ea convaleſcere incipiunt, uti hoc deducit Carpz. in toties citata *Juriſpr. Conſiſt. lib.* 2. *d.* 67. *n.* 7. Quid juris in ſponſalibus puris & conditionatis accurato non minus quam laxo tractat ſtylo Dn. Præſes *tr. de Annulo Pronubo θ.* 20. *per tot.* Tantum verò non operatur copula carnalis in ſponſalibus de præſenti contractis, ſi quis enim bina celebraſſet ſponſalia eaq; fuerint publica, ſanè ſecunda etiamſi iis copula vel juramentum acceſſerit, prorſus ſunt inutilia atq; inefficacia *c.* 3. *X. d. ſponſal. c.* 3. *X. eod. c. ult. X. de ſponſal. duor.* ratio eſt, quia hæc poſteriora ſponſalia ſunt illicita atqve prohibita, utpote contra Jus contracta, cum ex prioribus jam eſſet obligatio quæſita non ſolum alteri parti, ſed & Deo Carpz. *lib.* 5. *Reſp.* 108. modò primus ſponſus vel ſponſa, perfidus ſponſum, vel ſponſam ſimili laborantem vitio admittere velit *c.* 1. *c. ult. X. de ſponſa duor.* Carpz. *lib.* 2. *Juriſpr. Conſiſt. def.* 63. & 65. Quod ſi autem prior ſponſa ſponſum, qui tali ſe commaculavit delicto, & fidem fregit conjugalem, renuat, id quod facere poteſt, quia hoc facto liberata eſt ab ejus obligatione Beuſt *de ſponſal. c.* 10. convaleſcunt ſecunda illa ſponſalia inutilia & ſortiuntur effectum.

IX. Sed quid dicendum, ſi ejusmodi binubus poſteriora ſponſalia itidem de præſenti alias illicita atque inutilia, per nuptias & benedictionem conſummaverit ſacerdotalem, eritne & in hoc caſu

convaleſcentiæ locus, ita ut diſſolutis poſterioribus, priora convaleſcant & per concubitum atqve copulam ſacerdotalem ſint conſummanda? Sane affirmant hoc graviſſimi Autores *per c.30. X.de ſponſal. c.1. verſ. ſi autem c.3. verſ. Etſi nupſerit c. 5. verſ. ne verò turpis* X. *de ſponſa duor.* quos textus ita claros eſſe affirmat Berlich. *p.* 4. *concl.* 28. *n.* 67. ut ſacrilegii inſtar ſit contra eos diſputare, meritoqve ſecundum eos in Conſiſtoriis deberi pronunciari, cum non pugnent cum noſtra religione & periculoſum ſit ex ficta æquitate & capite ſuo judicare. Adducunt præterea pro confirmanda hac ſua ſententia autoritatem B. Lutheri *tr. de cauſis matrimon.* cujus verba hæc ſunt: Wenn einer mit der andern Frauen Kinder hätte / und mit Ihr lange Zeit zu Hauſe geſeſſen / und in eine Nahrung gekommen? Antwort / Es hilfft nichts darzu / weil Er der erſten offentlich vertrauet / und Ihr rechter Ehemann iſt / kan Er die ander mit den Kindern nicht behalten: Hæc ille. Et hanc opinionem tenent Berlich. *l. c.* Thoming. *conſil.* 52. *Vol.* 2. qui ibidem ita à juridica Facultate Lipſienſi pronunciatum fuiſſe teſtatur, & rationes pro hac ſententia adducit Modeſt. Piſtor. *conſil.* 42. quod incipit, alſ uns Bericht geſchehen. Möller. *in comm. ad conſtit. Saxon. p.* 4. *c.* 20. *n.* 11. Hieron. Schurf. *conſil.* 57. *n.* 1. aliiqve quam plurimi quos magno numero pro ſe allegat Berlich. *d. l.* qui & ibidem notat, primò, quod primæ ſponſæ liberum ſit, an perfidum ſponſum ſibi velit reconciliare, & ſecundum matrimonium dirimere, an verò non, cum ad hoc cogi non poſſit. Secundo, quod ſi hoc faceret prima ſponſa, teneatur ſponſus ſecundæ ſponſæ ſeu uxori omnes ſumptus, quos illa in celebrationem ſponſaliorum & nuptiarum fecit, refundere, eamqve una cum liberis, ſi quos fortè ex ea ſuſceperit, alere. *num.* 69. & 70. add. Alber. Gentil. *tr. de nupt. lib.* 6. *c.* 3. *in med.* Sed contrariam ſententiam æquiorem pronunciat Dn. Struv. *S. J. C. Ex.* 29. *th.* 16. *in f.* quæ & hiſce ſequentibus nititur rationibus. (1) quia ſi matrimonium hoc diſſolvendum ex ejusmodi diſſolutione non poſſet non grande præprimis apud vulgum oriri ſcandalum. (2) quia exceptiones contra matrimonium intra certum terminum ſunt opponendæ, durante ſcilicet banno, hoc eſt, proclamatione è ſuggeſtu vid. Cypr. *c.* 10. §. 25. & 26. unde & eandem amplectitur Carpz. *Juriſpr. Conſu. lib.* 2. *d.* 66. qui *n.* 8. dicit, non minus rectè quam piè defendi, præferri debere anterioribus ſponſalibus poſteriora

riota per benedictionem eccleſiaſticam conſummata, & *n.*18. matrimonio potius, quàm ſponſalibus eſſe favendum, cum facilius ſponſalia quam matrimonium diſſolvi poſſint, urgens præterea rationes ex Dn. Struv. adductas. Ad txx. igitur Juris Canonici allegatos reſpondemus, eorum non tantam eſſe autoritatem, ut ſcandalis feneſtra aperiatur, loco verò ex B. Luthero allegato alium opponimus quem citat Cypræus *de ſponſal. c.*10. §. 25. Verba Lutheri hæc ſunt: Wenn ichs einer Magd gelobe / und nehme darnach eine andere / achte ich er ſoll bey der erſten bleiben / denn Er hat ſich Ihr ergeben / und iſt nicht mehr ſein ſelbſt / darum hat Er der andern nicht können geloben / daß der erſten und nicht ſein war. Thut ers aber und fähret fort / biß daß Er Kinder mit der andern zeuget / ſo bleibe Er bey derſelben / denn Sie iſt auch betrogen / und zu gröſſern Schaden kommen / wo Er von Ihr weichet / denn die erſte / darum hat Er an beyden geſündiget / aber die erſte kan ihres Schadens nachkommen / weil Sie ohne Kinder iſt / darum ſoll Sie der andern aus Liebe weichen / und einen andern nehmen / denn Sie iſt frey von Ihme / weil Er Sie verlaſſen / und ſich einer andern ergeben / in libello de *cauſis matrimonialibus.* Adſcribi meretur præjudicii loco Reſcriptum Supremi Conſiſtorii Dresdenſis, quod refert Carpz. *l. c. n.*26. Verba Reſcripti hæc ſunt. Euch können wir nicht bergen / daß G. K. vor dem Wilſiſchen Thore / ob Er wohl mit A. S. Sich Ehelichen verlobet / und öffentliche Verlöbnüß gehalten / doch deſſen ungeachtet nochmahls zu Torgau / ſich mit einer andern verlobet und dieſelbe Ihme heimlich trauen laſſen. Iſt demnach an ſtatt Seiner Churfürſtl. Durchl. unſer Begehren / Ihr wollet vom bemeldten G. K. 30. Rthal. verwirckte Straffe / und zu gedachter A. S. als der vorigen Braut Abfindung alsbald einbringen / und ins Ober-Conſiſtorium überſchicken &c. Neqve huic noſtræ ſententiæ poſteriori qvicqvam efficit, quod conſenſus faciat matrimonium, *l.* 30. *ff. d. R. J.* ſicqve priora ſponſalia etiam matrimonii habere vim, qvoad effectum indiſſolubilitatis. vid. Carpz. *lib.* 5. *Reſponſ. Elect.* 108. & *Reſponſ.* 115. *n.* 15. Item hominis non eſſe arctiſſimam animorum conjunctionem, quam Deus inter perſonas deſponſatas induxit, iniqvè diſſolvere, præprimis cum poſteriora illa ſponſalia ſint vinculum iniqvitatis. Hæc dico, qvo minus noſtro adhuc adhæreamus aſſerto, non obſtant. Etenim verum quidem eſt conſenſum eſſe animam conjugii, ut propterea

ſponſalia de præſenti verum quoqve ſint matrimonium, non tamen exinde ſequitur ejusmodi ſponſalia dici poſſe matrimonium conſummatum, ultimus enim ad conſummationem matrimonii pertinens actus eſt in Eccleſiis noſtris, uſitata illa *ἱερολογία*, h. e. copulatio & benedictio ſacerdotalis, poſt trinam, interpoſitâ ſemper ſeptimanâ, denuntiationem ex ſuggeſtu publico adhiberi ſolita *c. cum inhibiti, de clandeſt. deſponſat. c. cum in tua* 27. *X. de ſponſal.* unde & trinundinæ promulgationes & denunciationes appellari ſolent Paul. Cypræ. de Jure Connub. *p.* 1. *c.* 10. §. 1. *n.* 1. quamquam & in quibusdam locis unicam ſufficere, ut Francofurti ad Mœnum, teſtis eſt Kitzel. *in Synopſ. Matrimon. c.* 4. *Theor.* 6. *lit. G. & H. qui & cap.* 14. *Theor.* 1. *lit. a* talia nobis hac vice inſervientia habet verba: *Matrimonium,* inquit, *ut omnibus numeris perfectum & abſolutum ſit, omnesq; veri & completi matrimonii effectus producat, ad conſtitutionem ejus non conſenſus ſolum, ſed etiam conſummatio requiritur.* Imò maximam adhuc inter ſponſalia de præſenti & conjugium conſummatum eſſe differentiam vel ex eo patet, quod ex multo pluribus cauſis vinculũ ſponſaliorum, quàm matrimonii conſummati relaxari poſſit. Sed neque hic homo ſeparat, quos Deus conjunxit, reſpondemus enim ex *can.* 18. *c.* 33. *qv.* 2. *Quos Deus conjunxit homo non ſeparet. Quæris quomodo, ſubaudi violenter, ſine lege, abſque ratione, quos Deus conjunxit homo non ſeparet: non enim homo ſeparat, quos pœna condemnat, reatus accuſat, maleficium coarctat.* Denique putandum non eſt, iniqvum illud poſterius vinculum hanc habere vim atque efficaciam, ut prius diſſolvere valeat, ſed adſcribendum hoc potius cauſæ in utilitate publica fundatæ, quæ eſt ut majus ſcandalum evitetur, præprimis cum hic in caſu rei non amplius integræ verſemur, multa autem re non amplius integra concedere ſoleamus, quæ ſi nondum facta eſſent, nunquam permitterentur. Nequaquam igitur benedictio ſacerdotalis ſponſalia ejuſmodi de præſenti poſteriora facere poteſt licita, cum omni jure ea ſint prohibita, ſed id tantum operatur, ut ſubſiſtant, tolerentur, neque reſcindantur, cum aliàs nunquam ſubſiſtere valerent. Plura huc ſpectantia legi poſſunt apud Dn. Stryken in eleganti *Diſſert. de concurſu Sponſal. c.* 2. *n.* 21. add. Dn. Præſes. *in Diſſert. de Hierologia ſect.* 6. *th.* 4. ubi notabilem de matrimonio per hierologiam conſummato non diſſolvendo refert caſum Non

itaqve

itaque in hoc caſu convaleſcentia ſuum ubi figat pedem, inveniré poterit locum.

X. Deſponſationes clandeſtinas ſeparatim atque ſeorſim conſideratas, & non collatas cum aliis quod concernit, illæ omni jure ſunt prohibitæ atque illicitæ *c. fin. t. de ſponſal. c. aliter c. 30. qv. 5.* Hahn. *ad Weſ. t. de ſponſal. n.* 3. Quod ſi tamen ad promiſſionem acceſſerit concubitus, convaleſcunt, ſubſiſtunt, atque tolerantur *c.* 2. *cauſ.* 27. *qv.* 2. *c.* 6. *x. de raptor.* modò de ſponſalibus conſtet, vel ex confeſſione vel ex literis, vel etiam per teſtes. vid. Richter. *p.* 1. *decil.* 8. *n.* 6. Carpz. *p.* 4. *c.* 20. *d.* 15. etiamſi parentes vitiatæ diſſentiant, ut majus vitetur ſcandalum, & ne maxima fiat injuria vitiatæ atque deſertæ mulieri. Multa enim impediunt matrimonium contrahendum, quæ contractum non diſſolvunt. *l.* 8. *Junct. Gloſſ. in verb. retinere ff. d. his qui ſunt ſui. c.* 25. *in. fine pr. x. d. jure jurand.* Ita pronunciaſſe Scabinos Lipſienſes refert Carpz. *l. c.* Da aber demnach ſelbige Perſonen albereit ſich fleiſchlich miteinander Vermiſcht/und alſo ehelichen zuſammen gehalten hätten/daſür ſichs aus Euer Frage anſehn läſſet 2c: ſo möchte auch die Ehe dahero/daß die Eltern damit nicht zufrieden/keines weges getrennet/und auf gehoben werden. Notabiliter tamen hoc fallit, ſi parentes prægnantes diſſenſus ſui exponere valeant cauſas, ut ſi v. g. ſtuprator ſit fornicarius, vel alius viliſſimæ conditionis homo vid. Hahn. *l. c.* Philipp. *U. I. Pr. l.* 4. *ed* 84. *n.* 19. ubi præjudicium refert, Carpz. *J. C. lib.* 2. *def.* 231. *n.* 12. *&* 13. Imò convaleſcunt ejuſmodi ſponſalia clandeſtina per copulam carnalem conſummata, licet ſtuprator poſtmodum ſponſalia publica cum alia celebraverit, matrimonium enim hoc cum poſteriori ſponſa in præjudicium vitiatæ, ob inſignem ei illatam injuriam & utilitatem publicam permittendum non eſt Beuſt *de Sponſal. c.* 14. Richter. *d. deciſ.* 8. *n.* 58. Sed & purificantur atque convaleſcunt ſponſalia clandeſtina ſine conſenſu parentum contracta, ſi is poſtmodum per modum ratihabitionis iis acceſſerit Carpz. *lib.* 2. *J. C. d.* 41. tunc enim vitium clandeſtinitatis purgatur Idem. *J. F. p.* 4. *c.* 20. *d.* 14. *n.* 5. Ex quibus facile pateſcet quid de quæſtione, an pater pro liberis ſuis ſponſalia contrahere poſſit, ſtatuendum. Scilicet poteſt quidem pater de ſpondere filium vel filiam per *c.* 10. *X. de ſponſal.* quoniam optime eum

libe-

liberis ſuis proſpicere velle, præſumitur: verum quia de ipſorum liberorum potiſſimum hic luditur corio, eorumque conſenſus hic prœprimis attendendus, non aliter ejuſmodi ſponſalia habebunt effectum, quàm ſi liberi conſenſerint, quo facto demum convaleſcere incipient *c. un. de ſponſal. impub.* ſpectanda enim hîc maxime voluntas ejus, de cujus conjunctione agitur *l. 8. C. d. nupt. l. 11. ff. d. ſponſal.* id quod & juri Canonico conforme *c. ubi non c. 30. q. 2. ubi non eſt conſenſus utriusque, ibi non eſt conjugium* Et hoc in tantum procedit, ut licet pater ſub pœna aut juramento promiſerit, ſponſalia tamen non aliter quam conſenſu filii accedente convaleſcant, quo ipſo tamen pater perjurium non commiſit, quamvis temerarie juraverit. Coppen. *obſ. 29. n. 49.* cavere enim debent parentes, ne poteſtate ſua abutantur, quippe cum matrimonia coacta triſtes utplurimùm ſortiantur exitus Carpz. *lib. 2. J. C. d. 30.* D. Struv. *S. J. C. Ex. 29. th. 24.* Et ſicuti ſponſalia ab impubere contracta ſic demum valent ac convaleſcunt, ſi pubes factus ea conſenſu expreſſo vel tacito ratificaverit aut approbaverit: ita quoque ſponſalia ſine conſenſu & voluntate impuberis filii per ſolum patrem contracta filium planè non obligant, per ratihabitionem tamen ejus convaleſcunt atque ſubſiſtunt. Hunn. *ad Tr. V. 2. D. 6. Th. 4. qv. 38.* non obſtante *c. 1. X. de ſponſal. impub.* loquitur enim illud de eo caſu, quo filius juſtam habens diſſentiendi cauſam patris voluntatem ratificare detrectat, id quod ei omni jure permiſſum, cum non pater, ſed ipſe filius perpetuam, ſi conſentiret, deſponſatam, thori habere debeat ſociam.

XI. Inter alia porrò ad ſponſalia requiritur, ne in gradibus prohibitis contrahantur, nam licet vel maximè adſit conſenſus tam perſonarum deſponſatarum, quàm earum, in quarum ſunt poteſtate, ſi graduum tamen obſit proximitas, conſenſus hic nihil efficere valebit. Procedit vero hoc tam ratione conſangvinitatis quam affinitatis; quamvis enim affinitatis propriè gradus non ſint, nihilominus tamen, quoniam ea ſimulacrum quoddam eſt ipſius conſangvinitatis, hinc linea & gradus conſanguinitatis ei acommodantur, ita ut licet nulla ſpecialis extet graduum computatio in affinitate, affines tamen juxta computationem conſangvinitatis in certo eodemque gradu quo perſona nuptias contrahens & novam affini-

affinitatem inducens reperitur, ſint conſtituti, nuptiaſqve contrahere prohibeantur. Balthaſar Menzer *de Conjug. rubr. de affinit. p.72.* Carpz. *d. Arbor. conſangu. Diſp.* 1. *Th.* 20. *n.* 40. Imò quamvis de affinitate per copulam carnalem conſummata & perfecta hæc propriè ſint intelligenda, poſſunt tamen & affinitati applicari inchoatæ, quæ & ratio eſt, cur nemo fratris ſui defuncti ſponſam de præſenti, aut ſponſæ ſuæ prædefunctæ ſororem in uxorem ducere queat. Certum quidem eſt, quod per ſponſalia per copulam carnalem nón conſummata, affinitas propriè non contrahatur *l.* 14. §.4. *in f. ff. d. R. N. l.* 9. §. 1. *l.* 8. *ff. de grad.* quia tamen ea per nudam deſponſationem jam eſt incepta ac inchoata, fideſqve conjugalis data, quæ & ipſam quandam inducit reverentiam, ab ejuſmodi ſponſalibus ac nuptiis nobis temperare debemus Bachov. *in not. ad Tr. V.* 2. *D.* 6. *th.* 3. *lib. C. & D.* idqve ob honeſtatem publicam, quæ hîc intercedit §. 9. *J. d. nupt.* præprimis cum in omnibus conjunctionibus non tantùm quod licet, ſed & quod honeſtum eſt conſiderandum veniat. *l. ſemper ff. d. R. J.* Beuſt. *de. Sponſal. cap. ult.* Subſiſtunt tamen ac convaleſcunt hæc ſponſalia accedente diſpenſatione ſummi Principis D. Richter. *p.* 1. *dec.* 11. *n.* 16. Philip. *U. J. Pract. lib.* 1. *eccl.* 69. *n.* 9. quamvis cautè in ejusmodi diſpenſatione procedendum, cum inverecundum videatur eam in complexus tuos ire, quæ oſculis patris, filii vel fratris maduit Brunn. *ad l.* 5. *&* 8. *C. de inceſt. & inutil. nupt.* & ſcandalum exinde facilè oriri poſſet in Eccleſia, præſertim apud plebem, quæ inter affinitatem inchoatam & conſummatam vix novit diſtingvere. Hinc ſi quis prædefunctæ ſuæ ſponſæ ſororem in matrimonium ducere ambiat, & Princeps velit diſpenſare, in dubio ipſi prius, præprimis ſi crebra ſponſi cum ſponſa converſatio interceſſerit, juramentum purgationis, quod ſponſam ſuam carnaliter non cognoverit, decernendum eſſe ſtatuunt. vid. D. Richter. *l. c.* Nonnullis quoqve in locis prohibitum eſt, ne conſobrini ſub pœna relegationis absque diſpenſatione Principis ſponſalia ineant, ut in Haſſia conſtit. ſpeciali Tit. von denen in Eheſachen verbohtenen und zugelaſſenen gradibus der Bluts-Verwandnüs/und Schwägerſchafft §. was &c. quod ſi autem de facto id fecerint, acceſſeritqve benedictio ſacerdotalis, convaleſcent hæc ſponſalia atqve ſubſiſtet matrimonium, in quod abierunt, quoniam de matrimonio contrahendo quidem poteſt diſpenſari, non autem de matrimonio jam contracto iterum diſſolvendo,

F nemo

nemo enim regulariter poteſt diſſolvere matrimonium copula conſummatum. *cap. 7. d. converſione conjugat.* Kitzel. *in Synopſi matrimon. cap. 3. Theor. 14. lit. D.*

XII. Relictis ſponſalibus ad *nuptias* nunc me confero, quæ & ipſæ ſæpè ab initio non ſubſiſtentes ex poſtfacto tamen convaleſcunt roburqve acquirunt; quod ſi enim liberi conſenſum parentum ſuorum non ſtatim ab initio adhibuerint, eadem nullæ & invalidæ ſunt, in tantum enim hic iis neceſſarius eſt, ut nuptias eorum præcedere debeat *pr. I de nupt.* quo neglecto eas nullas eſſe clarus innuit *tx. §. 12. J. d. t. Si adverſus ea quæ diximus aliqui coierint, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Eſt tamen & hoc in caſu locus ratihabitioni, per quam nuptiæ tales convaleſcere poſſint, an autem hæc ratihabitio id efficiat, ut ſtatim convaluiſſe nuptias ex eo tempore, quo contractæ, dici poſſit, an verò ex eo demum, quo intervenit, mirus inter DD. eſt diſſenſus. Hi, qui priorem amplectuntur opinionem ſeqventibus potiſſimum nituntur rationum fundamentis. (1) Generaliter omnem ratihabitionem retrotrahi & confirmare ea, quæ ab initio ſunt facta *l. ult. pr. C. ad SC. Maced.* nullibi autem ab hac regula exceptum reperi matrimonium. (2) patriæ poteſtati non minimum decedere, ſi pater vigore iſtius, non quandocunqve vellet, nuptiis liberorum ſuorum conſenſum ſuum accommodare, ſicqve liberos ex tali conjunctione natos in ſuam redigere poteſtatem valeret. (3) Verſari nos in odioſis, in quibus mitior & benignior ſententia ſemper præferenda *per cap. odia, X. d. R. J. in 6.* ſed mitiorem ac benigniorem eſſe ſententiam, quæ vult, ut matrimonium, quod ab initio debitis ſuis deſtituitur requiſitis, accedente patris ratihabitione, pro eo ſic ac ſi ritè contractum fuiſſet ab initio. Verùm reſpondent poſterioris opinionis patroni ad primum; verum quidem eſſe, quod omnis ratihabitio retrotrahatur & confirmet ea, quæ ab initio inutiliter facta, unde & dicitur retrò operari, ſed poſitis terminis habilibus; valere enim hanc regulam duntaxat in iis negotiis, quæ poſſunt aliquo modo interim valere & in ſuſpenſo eſſe, non verò eam locum invenire in matrimonio, utpote quod ab initio ſtatim deficiente parentum conſenſu vitioſum & ipſo jure nullum eſt, ſicqve hanc confirmationem retrò non admittit. Deinde ratihabitionem id quidem efficere poſſe, ut conſenſus interveniſſe non verò ut anteceſſiſſe videatur. Tertiò conſenſum parentum hîc eſſe ſolennitatem quan-

dam

dam neceſſariam & pro forma requiri, non aliter quàm autoritas tutoris in negotio, quod à pupillo geritur, ſolennia autem eſſe individua, & ea quæ ſunt ſolennitatis in ipſo actu intervenire debere. *arg. c.* 29. *X. de elect.* vid. Manz. *ad* §. 2. *I. d. autor tutor.* Ad ſecundum regerunt; patriam poteſtatem propterea nequaquam minui, quod conſenſu ſuò ſeu ratihabitione matrimonium filii retrò confirmare nequeat, ſic ut ab initio ſtatim & eo tempore, quo primùm à liberis fuit initum, ratum ſit atque validum, ſed ſolùm à tempore interpoſitæ ratihabitionis, ſicuti enim ipſa patria poteſtas eſt juris Civilis ita, poſſe quoque jus Civile ei modum ponere, & ſufficere patri, quod per ratihabitionem ſuam id efficere valeat, ut à tempore interpoſitæ ratihabitionis nuptiæ, quæ aliàs nullæ atqve invalidæ *arg. l.* 5. *C. d. LL.* ſubſiſtant ac convaleſcant. Tertium deniqve quod concernit argumentum, dicunt illud petere τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod eſt in principio quæſitum, odioſa ſcil. ſemper eſſe reſtringenda, poſſe eenim leges & in odioſis atqve pœnalibus, probè ponderatis circumſtantiis tam extendi, quam reſtringi. Frantzk. *Comm. ad ff. tit. d. LL. n.* 46. Dn. Præſes *tr. de Annulo Pronubo Th.* 29. *n.* 11. imo nullatenus hoc, reſpectu patris nec non utilitatis publicæ odioſum dici poſſe. Convaleſcere igitur demum ejusmodi nuptias ſtatuunt ex nunc, non ex tunc, uti loqvuntur, h. e. ex eo tempore, quo ratihabitio patris eis acceſſit, quam ſententiam defendunt Cujac. *in not. ad d. pr. J. d. nupt.* Contius 1. *Diſp.* 7. Alber. Gentil. *lib.* 4. *de Nupt. c.* 3. Cothman. *Diſp.* 5. *lib.* 1. *Juris Civil. in corollario* 2. Förſter. *in Diſp* 3. *th.* 21. Anton. Matth. *in not. ad pr. J. d. nupt. in verbis præcedere debet.* Hunn. *ad Tr. V.* 2. *D.* 6. *th.* 5. *qv.* 44. Philipp. *U. J. Pr. lib.* 1. *ecl.* 59. *per tot.* Carpz. *p.* 4. *c.* 20. *d.* 14. *n.* 1.

XIII. An matrimonium cum infideli inire Chriſtiano integrum ſit à DD. in controverſiam vocari ſolet; communis tamen eſt opinio, non licere cum infideli contrahere nuptias, ſi ſcil. diverſitas religionis ſit totalis, ſecus verò, ſi partialis, unde & conjugium cum Judæa prohibitum eſt tanquam adulterium, ita ut accuſatio omnibus competat *l.* 6. *C. de Judæis. ibiq;* Brunnem. Si verò illud per copulam atqve benedictionem ſacerdotalem fuerit conſummatum, quoad ſubſiſtentiam omninò convaleſcit, ita, ut ſi forſan fidelitas celata, ſeu ſimulata fuiſſet, illud ob ſolam infidelitatem diſſolvi nequeat. Beuſt. *de matrim.*

 p. 2.

p. 2. cap. 37. Joh. Gerhard. *in loco de conjug. §. 392. pag.* 584. Obſtat enim (1) prohibitio divina. Quos Deus conjunxit homo ne ſeparet, *Matth. 19. verſ. 6.* nec unquam Deus præcepit diſſolvere matrimonia fidelium cum infidelibus. Beuſt. *d. l.* Carpzov. *J. Conſ. l. 2. d. 7. n. 4.* (2) Expreſsè vult Apoſtolus, ne quis ab infideli, quamdiu in matrimonii officium conſenſerit, quod cohabitationem dicit, diſcedat. 1. *Cor. 7. v.* 12. *arg. c. decrevit. 14. de haeret. in 6.* Wisſenb. *p. 5. exerc. 44. n. 9.* quæ & ratio, cur ſi inſciis magiſtratibus in tali caſu matrimonium fuerit contractum, aut à magiſtratibus malè informatis aut doloſè inductis iſtud permiſſum ſit, non poſſint tales conjuges poſt conſummatum matrimonium disjungi, quia ſæpe quæ fieri non debent, ſi tamen facta fuerint non reſcinduntur *l. 1. §. biduum ff. quando appell.* eſtqve hoc conjugium ratum, licet non ſit legitimum, *can. ult. c. 28. qv. 1. c. cum cauſa X. d. raptor.* Et metuendum foret, ne inde majus oreretur ſcandalum, & conſcientiæ conjugum graviſſimè læderentur. Bidenbach. *tr. d. cauſ. matrim. p.* 45. Elegantem hùc ſpectantem caſum qui Bremæ olim contigit refert Hahn. *ad Weſ. tit. d. R. N. part. p. m.* 87. quem ob prolixitatem apponere nolui.

XIV. Evenit quoqve interdum, ut matrimonium ritè contractum ob cauſas ſupervenientes rurſus diſſolvatur, qua de re vid. Philipp. *II. J. Pr. l. 1. ecl.* 52. unde quæſtio oritur, quid ſtatuendum, ſi forſan maritus uxorem à ſe per divortium ſeparatam de novo pro conjuge agnoſcere atqve recipere velit (quod utiqve poteſt, cum ſententia contra matrimonium lata nunquam tranſeat in rem judicatam) an ſcil. matrimonium nuda mariti reconvaleſcat voluntate, an verò novâ demum benedictione ſacerdotali, ita ut de novo conjuges disjuncti ſint benedicendi. Nos poſteriorem ſententiam, nova ſcilicet benedictione matrimonium plenè atqve penitus convaleſcere, facimus noſtram, ex ratione, quod prius conjugium ſemel ſolenniter & judicialiter per divortium ſit diremtum planeqve annihilatum, & receptio mariti non nuda, ſed cum effectu conjugali conjuncta intelligatur. Et ita Conſiſtor. Lipſienſe ad requiſitionẽ Dominorũ de Reuſſen Menſ. Nov. 1666. reſpondit, hiſce formalibus. Weil ſie einmahl von einander rechtsmäßiger Weiſe geſchieden/ der jenige auch der eine geſchwängerte vor eine Jungfer bekom̃en/ nach bewehrter geiſtlichen Rechts-Lehrer Meinung zu Beruhigung ſeines Gewiſſens beſſer thut / wenn Er ein ſolch Menſch

be-

behält. So iſt auch N. N. ſein voriges Weib wieder anzunehmen/ und ſich anderweit mit Ihr durch Prieſterliche Hand trauen zu laſſen/ wohl befugt. Vid. Dn. Struv. *Diſſ. de Jure Divort. cap.4.n.*28. D. Swendendörff. ad Eck. *tit.d.divort. & repud.*§.2. Gerhard.*d.Conjug. n.*617. Confirmat quoqve hanc ſententiam *l.*13. §.9.*ff. ad L.Jul.de adult.*

XV. A nuptiis tranſitum nunc facio ad *tutelam*, quæ virile munus involvit, & fœminis regulariter non committitur *l.* 26. *ff. de teſtam. tutel. l.*16. *l. ult. ff. de tutel.* Tutores quoque ſæpè in publicum prodire & alia agere tenentur ad pupilli defenſionem ac utilitatem, quod fœminæ utpote rerum forenſium ſimiliumque ignaræ non convenit *l.* 2. *C. de his qui ven. ætat. impetr.* quod Galganet.*de Tutel.lib.* 1. *t.*7. *n.*29.*& lib.*3.*qu.*11.*n.*1, 2.*&c.* nec non Gutierez. in tantum extendunt, ut nec valeat diſpoſitio teſtatoris relinquentis tutores ad matris electionem. Verùm ſingulari jure ad tutelam admittuntur mater & avia, in his enim conſilii & prudentiæ defectum ſupplet affectus, quo liberos proſeqvuntur, ſummus. Ardentius enim matres amant natos, quàm patres. 2. *Eud.* 8. *f.* & hinc irregulariter permittitur matri & aviæ tutela, ſucceſſivè tamen, primum ſcilicet matri, & poſt illam, ſi mortua ſit, vel tutrix eſſe nolit, vel non poſſit, aviæ. N. 118. c. 5. ſub hac tamen forma, ut renuncient ſecundis nuptiis & beneficio S*C*ti Velleiani pro ſe introducto; aliaque obſervent, vid. Eckolt.*Diſſert. de Tutela materna.* Eiben. *d. tutela fœminina.* Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *d.* 14. Quod ſi igitur mater ad ſecunda tranſierit vota, tutelam amittit, & ab ea omnimodò repellitur, *per tx. in auh. Sacramentum. C. quando mulier &c.* conſentit Preuſ. Land R. *l.*2. *tit.*6.*a.*2.§.6. etiamſi agnati cognatique omnes conſenſerint. Faber. *in Cod. lib.* 5. *tit.*20. *d.*11. *per tot.* Cujus rei ratio non tam in odio ſecundarum nuptiarum, quàm potius in ſuſpicione & affectione, qua mulieres ergà ſecundos maritos occupari ſolent, conſiſtit. Creditur enim mater, quæ tranſit ad ſecunda vota, liberos minus diligere *l.* 3. *l.* 5. *C. de ſecund. nupt.* Carpz. *d. l. d.* 42. *n.* 4. Neque convaleſcit tutela per mortem mariti, ſi is fato ſuo defungatur, ſicque mater de novo fiat vidua, cum enim ſemel ſuſpecta abierit à tutela filiorum, durat adhuc ſuſpicionis cauſa, præprimis ſi ſobolem ex poſteriori forte viro ſuſceperit Mynſing. *cent.* 3.*obſ.* 83. Gutierez. *d. Tutel. p.*1. *c.*8 *&* 9. id quod in tantum procedit, ut licet liberi ad ſecundas nuptias conſenſum

 ſuum

ſuum applicaverint, non tamen tutela convaleſcere poſſit. Boër. *deciſ.*185.*n.*22. Philipp. *U. I. Pr. l.* 1. *ecl.* 82. *n.* 8. Neque obſtat, quod ceſſante impedimento, meritò quoque prohibitio propter iſtud impedimentum facta ceſſare debeat, huic enim objectioni ſatisfieri poteſt ex iis, quæ modo dicta ſunt, impedimentum ſcilicet nullatenus ceſſare. Sicuti autem mater tutrix eſſe nequit, ita neque ipſa tutorem in teſtamento dare liberis ſuis poteſt, quia liberos non habet in poteſtate, *l.* 1. *ff. de teſtam. tutor.* quod ſi tamen eos ſimul heredes inſtituat, valet quidem tutoris datio, ſed non omni ex parte, confirmatione enim magiſtratus hoc caſu opus eſt, & quidem cum inquiſitione *l.* 2. *ff. de confirm. tutor.* quo ipſo convalescit hæc tutela. Et hinc dividi ſolet tutela teſtamentaria de iure Romano in ſimplicem ſeu abſolutam, & in confirmatam ob defectum aliquem. *l.* 1. §. & 1, *t. ff. de confirm. tutor.*

XVI. Effectum tutelæ quod concernit, præcipuus ille in perſona tutoris eſt, quod is adſtrictus ſit pupillo ad rationes reddendas, qua de re agitur *in §. ult. I. d. attil. tutor.* In perſona verò pupilli illud operatur ut eidem rei ſuæ adminiſtrandæ poteſtas haud competat, ita ut absque tutoris ſui autoritate & approbatione nihil, vel ſaltem non omnes actus, celebrare poſſit Manz. *ad pr. I. d. autor. tutor.* Et hæc autoritas tutoris ſtatim in ipſo negotio adeſſe debet §. 2. *I. d. t. l.* 9. §. 5. *ff. eod.* quod ſi tamen ſtatim & in continenti, finito nondum negotio & antequam partes ad alium actum extraneum revertantur, autoritatem ſuam negotio ſ. contractui applicaverit tutor, convaleſcet contractus eritque validus, vid. Carpz. *p.* 2. *c.* 15. *d.* 31. Ea enim, quæ fiunt ſtatim poſt negotium, in ipſo negotio fieri dicuntur, quemadmodum pacta, quæ in continenti contractui adjiciuntur, in ingreſſu contractus interpoſita eſſe cenſentur *l.* 7. §. 5. *ff. de pact.* Et hæc de convaleſcentia ratione perſonarum dicta ſufficiant,

Caput IV.

De

Convaleſcentia ratione juris in re.

SUM-

SUMMARIA.

I. Jus Rerum duplex. Quinq; ſpecies juris in re. Dominium rei dotalis eſt penes maritum, ſoluto matrimonio convaleſcit. II. Si maritus fundum alienet, & dos lucro mariti cedit, convaleſcit alienatio ex poſt facto. III. Servitus temporalis æquitatis intuitu convaleſcit. Sublatum ædificium ſi reponatur, jus ſervitutis reviviſcit. IV. Q. Num jus ſervitutis in prædio emphyteutico irrequiſito domino directo conſtitui poſſit, an verò accedente confirmatione & ratihabitione domini demum convaleſcat. Convaleſcit pignus, ſi quis v.g. duobus creditoribus eandem rem obligaſſet, ubi is, qui prior eſt tempore, potior eſt jure, poſterior verò ſolveret primo ſortem debitam cum uſuris, hic confirmat ſibi pignus tam in ſortem, quàm uſuras. V. Teſtamentum pagani ab initio non validum, ſi hic miles factus, & conſtet, quod illud valere velit, convaleſcit. Adjecta clauſula codicillaris facit convalidari teſtamentum, ut heredes ab inteſtato ſucceſſuri de reſtituenda hereditate cenſeantur rogati. VI. Q. Si filiusfamilias condiderit teſtamentum, ſui verò factus ſit juris, num tale teſtamentum ſi de novo confirmaſſet, ad minimum in tantum convaleſcat, ut ex eo bon. poſſeſſio dari poſſit? Convaleſcit teſtamentum ad pias cauſas à filiof. factum, ſi is ſui juris moriatur. VII. Non convaleſcit teſtamentum, quod factū eſt ab eo, qui adhuc in captivitate conſtitutus fuit. Nec convaleſcit teſtamentum impuberis, etiamſi pubes factus decedat nihilq; mutet. VIII. Ex æquitate convaleſcit teſtamentum ejus, qui capite minutus priſtinum ſtatum recuperat. IX. Quando duo teſtamenta feciſſet teſtator, & prius per poſterius ruptum ſit, & deinde poſterius quoque infirmatum, atque ſic herede deficiente nullum habeat effectum, prius manet ruptum, neque convaleſcit. X. Teſtamentum, in quo filius præteritus, etiamſi vivente adhuc patre diem ſuum obierit, non convaleſcit. Subſtitutio quaſi pupillaris morbo ceſſante expirat, eo verò redeunte convaleſcit. XI. Si minor primo gradu heres inſtitutus adierit hereditatem, deinde reſtitutionem in integrum impetrans hereditate abſtinuerit, num ſubſtitutio, quæ ſemel aditione hereditatis exſpiravit, convaleſcat, ut ſubſtitutus admittatur? XII. Legatum rei propriæ ſub conditione convaleſcit. Legatum propter inimicitias inter teſtatorem & legatum tacitè ademptum conciliatur, ſi reconciliatio

fuerit

fuerit ſecuta. Non tamen legatum tacitè ademtum cenſetur, quod à teſtatore graviter decumbente relictum, ſi ille poſtea convaluerit. XIII. Codicilli à prohibito conditi convaleſcunt, ceſſante impedimento.

I.

Jus rerum duplex eſſe, jus ſcil. in re, & ad rem evincunt juris textus, quos magno numero allegavit Dn. Struv. *S. I. C. Ex. 3. th. 87.* Eit autem jus in re nihil aliud, quàm facultas jure competens, quæ ipſi rei inhæret, adeoque actionem ipſam rem perſequentem producit, idque ſine perſonæ obligatione; actiones enim reales ex obligatione non oriuntur, haud obſtante, quod obligatio ſit mater actionum Theoph. *ad pr. I. d. obl.* intelligendum enim hoc ſaltem de actionibus perſonalibus, non verò de realibus; vel dicendum, obligationis vocabulum in larga ſumi ſignificatione, quemadmodum accipit illud Imper. *§. 5. I. de except.* Illuſtris Fuchſius *in paraphraſi I. ibid.* Inter quinq; verò iſtas ſpecies juris in re, quæ ſunt, Dominium, ſervitus, jus pignoris, jus hereditarium & jus poſſeſſionis Dn. Struv. *l. c.* acturis nobis hoc in cap. de Convaleſcentia ratione juris in re ſeſe offert principaliſſima pars *dominium*, ſcilicet privatorum, quod haud rarò vel in totum extingvitur, vel ſaltem liberum ejus reſtringitur exercitium. Quamvis enim unusquisque rerum ſuarum ſit moderator ac arbiter *l. 21. C. mand.* magis tamen lex videtur eſſe rerum noſtrarum domina, quàm nosmet ipſi, utpote qui ſumus ſub lege, & quod lex poteſt per proviſionem, hoc interdum poteſt homo per conventionem *arg. l. 50. de pact.* Arridet hinc definitio dominii, quam tradit Manz. *rubr. tit. I. d. R. D. n. 20.* quæ hæc eſt: Dominium eſt jus de re aliqua plenè ac liberè diſponendi ac vindicandi, niſi quis lege vel conventione prohibeatur. Et hæc eſt ratio, cur dominium mulieris, quod habet in re dotali valdè ſit reſtrictum, quoniam enim maritus fit dominus rei in dotem traditæ, hinc neceſſariò dominium uxoris debilitabitur & quaſi dormire incipiet, ita tamen ut non penitus extingvatur, ſed ſaltem vim ſuam conſtante matrimonio per omnia exſerere non poſſit, unde & ſoluto matrimonio evigilat, vires recipit ſicque convaleſcit, ita ut liberam rurſus dotalium uxor nanciſcatur diſpoſitionem. Carpz. *p. 2. c. 1. d. 18. n. 12.* Id quod in tantum valet, ut mulier, matrimonio morte diſſoluto,

non

non teneatur ſtare locatione per maritum defunctum in fundo dotali facta, per rationes quas tradit Idem *p. 2. c. 27. d. 2. per tot.* Neqve quicquam refragatur huic aſſertioni *l. 5. §. 15. ff. commod.* ubi duos unius ejusdemqve rei dominos eſſe poſſe negatur. Intelligendus enim eſt hic tx. non ſimpliciter, ſed cum quadam limitatione ac reſtrictione h. m. duo unius ejusdemqve rei non poſſunt eſſe domini in ſolidum, uno eodemqve reſpectu, id quod hic non fit. Maritus enim habet dominium dotis civile *l. 30. C. de jure dot.* h. e. eſt dominus rei dotalis, ut dotalis, uxor verò habet dominium dotis naturale, abſolute & in ſe conſideratum. Utrumqve verò ſuos producit effectus, id quod latius deducit Dn. Præſes. *in Juriſpr. Elem. Diſp. XVI. Th. 2.* add. Dn. Struv. *S. J. C. Ex.* 30. *th.* 12. Carpz. *l. c. n.* 15. *& p. 2. c. 37. d. 2. n. 5. Id. p. 2. c. 42. d. 19. n. 20.*

II. Ipſe autem maritus, etiamſi extra omnem poſitum ſit controverſiam eum eſſe dominum dotis, ſubtilitate ſcilicet juris civilis, & quoad effectum vindicandi atqve fruendi, tamen & ejus dominium valdè eſſe reſtrictum deprehendimus; prohibent enim leges, fundi dotalis, excepto eo, qui æſtimatus venditionis gratia datus eſt, alienationem in tantum, ut ſive volente, ſive nolente muliere facta fuerit alienatio, illa tamen nullum habeat effectum, ne ſcilicet ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ convertatur, aut naturæ ſuæ fragilitate in repentinam deducatur inopiam, uti liqvet *ex l. un. §. 18. C. d. R. U. A. pr. J. qvib. alien. non licet.* Nec ad rem facit illud Philoſophi 1. *Rhet.* 5. *med.* eum, qui habet proprietatem, poſſe alienare, qvod arripit H. Grot. *lib. 2. d. J. B. & P. c. 6. n. 1. Junct. l. 2. c. 3. n. 19.* ſibi non conſtans, & M. Anton. de Domin. *de Rep. Eccleſ. lib. 9. c. 6. n. 5.* tum, quia hæc juris ſunt poſitivi, & ſui natura indifferentia, tum qvia argumentum ſaltem inferunt à poſteriori, neque enim eſſentiam dominii conſtituit alienatio, ſed illius ſaltem effectus eſſe cenſetur, qui etſi regulariter dominio ineſt, tollere tamen eum potuit ſupremam in Republ. habens poteſtatem (τὸ κύριον) quoties exigit illud Reip. utilitas, ex dominio ſupereminenti, quod ei competit in bona civium ad publicam ſalutem. Hahn. *ad. Weſ. de fundo dotali n. 7. fin.* Qvod ſi autem de facto maritus conſtante matrimonio ejusmodi fundum alienaverit, & dos lucro mariti ex pacto, ſtatuto vel teſtamento ac-

donatione mortis cauſa cedat, reconvaleſcit alienatio ex poſtfacto. *l. 17. ff. d. fundo dotali* ibique Brunn. & ſic quod ab initio nullum, fit validum. Neqve refragatur toties citata *l. 29. ff. d. R. J.* diſtingvit enim Wiſſ. *D. 46. th.* 23. inter id, quod ab initio ſtatim eſt vitioſum, & inter id, quod ſecundum qvid & cum quadam conditione, nos verò inter illud, quod in ſe quidem vitioſum, ex poſtfacto tamen, non quidem temporis tractu tantum, ſed potius ob cauſam quandam ſupervenientem ſubſiſtit ac convaleſcit. vid. Dn. Struv. *Ex. 30. th.* 20. *n.* 4.

III. Relicto dominio, progredior nunc ad *ſervitutem*, quæ eſt jus in re aliena conſtitutum, quo iſtius rei libertas imminuitur & dominus aliquid in ſuo pati vel non facere cogitur. Dn. Præſes *in Jurisp. Elem. D.* 18. *Th.* 2. Amittitur verò ea inter alios modos ipſa quoqve confuſione, cum idem utriusq; prædii tam dominantis quàm ſervientis, & quidem totius dominus eſſe cepit *l. 1. ff. quemadm. ſerv. amitt. l. 30. ff. de S. P. U. l. 18. d. S. P. R.* ratio eſt, quia res propria nemini ſervit *l. 26. d. t. d. S. P. U. l 10. commun. prædior.* Et hæc confuſio confundenda non eſt cum communicatione, quâ prædia ſibi mutuò ſervientia fiunt communia *l. 34. ff. d. S. P. R.* (cui non obſtat, *l. 27. ff. d. t.* agit enim de eo caſu, quo prædium ſerviens fundo communi, à ſociis in communi redimitur. Brunn. *ad d. l.* quæ perpetuò durat, *l. 18. de ſervit. l. 9. ff. commun. præd.* ſpectatqve huc confuſio perpetua, quæ perpetuò durat, *l. 18. ff. de ſervit. l. 9. ff. commun. præd.* non verò temporalis, quod ſi enim temporalis ea fuerit, poſtea ſolius æquitatis intuit reviviſcere ac convaleſcere ſervitutem dicendum eſt, *l. 17. ff. de ſerv. l. 7. pr. §. 1. d. fund. dot. l. 2. §. 18. de her. vend.* add. Brunn. *ad l. 9. ff. comm. præd.* Struv. *Ex. XIII. th. 54. circa fin.* Sed & prædio ſerviente extincto vel diminuto, ipſa quoqve ſervitus extingvitur vel diminuitur *pr. & §. f. J. d. uſufr. l. 23. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* ſicuti è contrario ſi agrum vel prædium ſerviens fortè per alluvionem aut alio quovis modo augeri contingat, ipſa quoqve ſervitus ratione iſtius augmenti amplificatur *l. hoc jure §. ſi aquam ff. d. aqu. quotid. & æſtiv.* Joh. de Caſtillo *ibique relati in tr. de uſufr. c. 36. n. 45.* Philipp. *U. J. Pr. l. 2. ecl. 29. n. 4.* ubi tamen benè diſtingvendum inter latentia atque patentia *l. 9. §. 4. ff. d. uſufr.* Carpz. *p. 3. c. 13. d. 17.* Aſt & hoc in caſu convaleſcentiæ erit locus. Sic ſi ſublatum ſit ædificium ex quo ſtillicidium debebatur, & poſtea illud ſit repoſitum, eadem debetur

betur ſervitus, cum hîc ædificium exſtructum & reſtitutum pro eodem habeatur, Jus enim ſervitutis realis in area *l.* 20. §. 2. *ff. d. S. U. P. l.* 35. *ff. d. S. R. P.* vel ſi etiam ſuperficies ſublata fuerit, in ſolo remanet. *l.* 13. *pr. d. t.* Idem eſt, ſi fons exaruerit & poſtea ad venas ſuas redierit. *l.* 34. §. *ult. d. t.* vel flumen receſſerit. Carpzov. *p.* 2. *c.* 4. *def.* 19. Menoch. *rem.* 6. *retin. poſſ. n.* 149. Intelligendum tamen hoc de ſervitutibus realibus, non verò perſonalibus: illæ enim ſublato ædificio, eoque reſtituto, convaleſcunt, hæ vero non item *l.* 5. §. 2. *ff. quib. mod. uſufr. amitt. pr. J. de uſufr. ibid*; Manz.

IV. *Pignus* quod concernit, quatenus illud ſumitur effectivè, h.e. pro jure in re, quo in ſenſu hujus eſt loci, quæſtionis eſt non ſatis expeditæ, an & illud in prædio emphyteutico irrequiſito domino directo conſtitui poſſit, an verò accedente confirmatione & ratihabitione domini demum convaleſcat atqve ſubſiſtat? Per conſenſum domini directi illud demum convaleſcere probari poſſe videtur ex *l. f. C. de jure emphyteut.* ubi Juſtinianus omnem in genere emphyteuſeos alienationem ſine conſenſu domini fieri debere prohibet: aſt alienationis vocabulum tam latè ſumi, ut & oppignorationem comprehendat, probatur per *l. f. C. de reb. alienis non alienand.* Sed contraria ſententia magis arridet, quam & Anton. Neguzantius *de pignor. membr.* 2. *p.* 2. *n.* 28. *& ſeqq.* nec non Aurelius Corbulus *tr. de jure Emphyteutico* defendunt, idqve (1) quia expreſsè Paulus *in l.* 16. §. *f. ff. de pignor. act.* hanc ſententiam confirmat. *Etiam vectigale, prædium, inquit, pignori dari poteſt* cui (2) ſubſcribit Scævola *in l.* 31. *ff. d. pignor.* expreſſis itidem docens verbis vectigale prædium oppignorari poſſe. (3) quia emphyteuta jus in re aliena habet tale, quod pignorandi facultatem tribuit D. Struv. *Ex. XI. th.* 70. *& Ex.* XXVI. *th.* 17. Ad *l. igitur fin. C. d. jure emphyteut.* reſpondet Neguzant. *d. l.* latere hîc æquivocationem in verbo alienare; illud enim ſumi vel latè vel ſtrictè, ita ut in laxiori ſaltem acceptione pignus complectatur. Plures ſolutiones videri poſſunt apud Hunn. *ad Tr. V.* 2. *D.* 1. *qv.* 28. add. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *d.* 7. *n.* 10. mihi ſufficiat oſtendiſſe convaleſcentia hoc in caſu opus haud eſſe. Contra verò confirmatur pignus ac convaleſcit, ſi quis v. g. duobus creditoribus eandem rem obligaſſet, ubi is, qui prior eſt tempore, potior eſt jure *l.* 2. *l.* 8 *&* 9. *l.* 12. *ff. qui potior. in pignor.* poſterior verò ſolverit primo tam ſortem quàm uſuras, ita ut debitor

compelli poſſit uſuras ſecundo ſolvere creditori, quantum attinet exſolutum debitum *l. 12. §. 6. ff. qui pot. in pign. l. 22. C. d. pignor.* Brunneman. *ibidem.* add. D. Struv. *Ex. 26. th.* 34. ubi notat aliud obtinere in ſolutione facta à chirographario, illum enim non transferre in ſe Jus prioris, niſi nominatim hoc fuerit actum *l. 3. quæ res pignor.*

V. Jus pignoris excipit *Jus hereditarium*, eſt enim hereditas nihil aliud, quàm ſucceſſio in univerſum Jus, qvod defunctus habuit *l. hereditas. ff. d. R. J.* quæ fit vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, unde & ſucceſſio dividitur in teſtamentariam, & eam quæ eſt ab inteſtato, quæ & legitima audit, utramque paucis examinabo. Ad primam, teſtamentariam ſcilicet quod attinet, præſupponit ea teſtamentum, quod debitis ſuis conſtet ſolennitatibus, ſitqve ab eo factum, cui competit teſtamenti factio activa. Quoad prius effectu deſtituitur illud, quod nullis vel non omnibus adhibitis ſolennitatibus confectum eſt, hoc enim, qvod lex pro forma requirit, ad unguem eſt obſervandum. Nihilominus tamen ſi qvis ante militiam tanquam paganus non adhibitis neceſſariis ſolennitatibus fecerit teſtamentum, dein verò ex pagano factus fuerit miles, & conſtet, qvod illud teſtamentum valere velit, convaleſcet roburque acquiret quaſi ex nova militis voluntate *§. 4. J. d. militar. teſtam. l. 9. §. 1. l. 20. §. 1. l. 28. in f. ff. eod.* Conſtat verò de hac nova militis voluntate ex facto aliquo, extrinſeco ſigno atque declaratione v. g. ſi miles in expeditione degens teſtamentum reſignaverit, & quædam vel detraxerit, interleverit, emendaverit, aut tale quid fecerit, unde colligi poſſit ejus voluntas, quod velit teſtamentum hoc jure militari valere debere. Ratio ſecundum Mynſing. *ad d. §. 4.* eſt, quia prius confirmare cenſetur, qui aliquid adjicit vel demit. Imò ſi miles eas teſtamenti tabulas, quas cancellavit, induxit ſicque penitus ceſſare fecit, nuda voluntate convaleſcere facere poteſt, quidni is quoque eundem vigorem tribuere valebit, quas tanquam paganus fecit vid. Brunn. *ad l. 15. ff. de teſtam. milit.* Mantica *de tacit. & ambiguis convention. lib. 6. tit. 1. n.* 20. Ex parte quoque teſtamentum debitis ſuis deſtitutum ſolennitatibus convaleſcit adjecta clauſula codicillari, hac ferè forma: Si teſtamentum hoc valere nequit jure teſtamenti, valeat tamen jure codicillorum & omni meliori modo, quo valere poteſt Bartol. *in l. 1. ff. d. codicill.* Effectus

ctus enim hujus clauſulæ eſt, ut teſtamentum, quod aliàs nunquam ſubſiſtere potuiſſet, valeat ad minimum jure codicilli vel fideicommiſſi, vel alterius cujusdam ultimæ voluntatis Carpzov. *p.* 3. *c.* 5. *d.* 38. & heredes aliàs ab inteſtato ſucceſſuri, non ſolùm legata præſtare neceſſe habent, ſed & de reſtituenda hereditate illi, qui in teſtamento minus ſolenni ſcripti ſunt heredes, rogati cenſentur, retenta tamen quarta *l. ult.* §. 1. *C. d. codicill.* ibique Brunn. Richter. *deciſ.* 63. *n.* 4. Præjudiciis doctrinam illuſtrat Philipp. *Ul. I. Pr. l.* 2. *ecl.* 104. Carpz. *d. l.*

VI. Priori membro expoſito, videbimus nunc, an & quomodo teſtamentum ab eo factum, qui jus teſtandi non habet, convaleſcere queat. Sciendum igitur non omnibus competere teſtamenti factionem activam, cum non omnibus requiſita adſint neceſſaria, quæ ad teſtamenti factionem requiruntur, nam ex parte perſonæ, quæ teſtari vult, ut illa teſtabilis dici queat, tria potiſſimum ſunt neceſſaria (1) integritas ſtatus, (2) integritas judicii & mentis (3) integritas ſenſuum. Integritas verò ſtatus in tribus conſiſtit, in libertate ſcilicet, civitate & familia, quapropter neceſse eſt, ut teſtator ſit liber, civis, & paterfamilias. Ex quibus per ſe liquet, filiumfamilias jus teſtandi non habere, exceptis tamen bonis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus, in iis enim habetur pro patrefamilias, cùm favor militiæ publicam cauſam, cujus & filiusfamilias particeps eſt, contineat. Manz. *ad pr. I. quib. non eſt permiſſ. n.* 17. & 18. Quæritur autem quid juris, *ſi filiusfamilias de peculio non caſtrenſi vel quaſi fecerit teſtamentum, deinceps ſuæ poteſtatis ſeu paterfamilias factus deceſſerit, an hoc ipſo teſtamentum ab eo factum confirmetur, ſicque convaleſcat?* Negativa ſententia verior eſt, quoniam nullæ ſunt tabulæ teſtamenti, quas is fecit, qui jus teſtandi non habuit *l.* 19. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* unde neque b. p. ſecundùm ejusmodi teſtamenti tabulas dari poteſt. Accedit, quod ad id, ut valeat teſtamentum, requiratur, ut teſtator utroque tempore facti ſcilicet teſtamenti & mortis, ſtatus habuerit integritatem. Alia verò eſt quæſtio; *an ſi filiusfamilias ſui juris effectus, tale teſtamentum de novo confirmaverit, illud ad minimum in tantum convaleſcat, ut ex eo bon. poſſ. dari poſſit?* Videtur quidem quod ſic, quia teſtamentum ante militiam non juste factum ex nova militis voluntate convalidatur ac convaleſcit,

per tradita ſupra §. 5. Verùm negat quæſtionem Manz. *de Teſtam. tit. 2. q. 1. n. 117. & n. 110.* reſpondens, quod in priori caſu ſit tantùm defectus in forma, hic verò in cauſa efficiente, & convaleſcere teſtamentum militis ex ſingulari quodam privilegio. Putat tamen Brunn. *ad d. l. 19. ff. qui teſtam. fac* poſſe tale teſtamentum in tantum convaleſcere, ut valeat in vim teſtamenti nuncupativi, ſi filiusfamilias ſui juris factus expreſsè coram ſeptem teſtibus declaraverit, ſe confirmare teſtamentum antea à ſe factum, cùm illud valeat teſtamentum, quando quis coram ſeptem teſtibus ad ſcripturam antea à ſe factam & ad heredem in ea nominatum ſe referat, & eum heredem ſe habere velle declaret. Sic convaleſcit quoque ac convalidatur teſtamentum ad pias cauſas à filiofamilias factum, ſi is ſui juris moriatur, quod tamen intelligendum eſſe monet Brunn. *d. l.* de peculio profectitio, nam ſi de adventitio peculio teſtatus fuerit Jur. Canon. valere teſtamentum, eò quia in piis cauſis jura gentium attenduntur, non verò ſubtilitates juris civilis. Ex eadem ratione ob integritatis ſtatus defectum non valet quoque teſtamentum, quod ab eo factum, qui ab hoſtibus captus eſt, ſi ſcilicet teſtamentum eo tempore factum, quo adhuc in poteſtate hoſtium fuit *§. f. I. quib. non eſt permiſſ. fac teſt. l. 8. ff. eodem.* Captivi enim fiunt ſervi hoſtium *§. 3. I. de I. P.* ſervi autem ſunt inteſtabiles, cum teſtamenti factio ſit juris civilis, cujus ſervi ſunt incapaces *l. quod jus civile ff. d. R. I.* Quæritur autem, *an ſi quis in captivitate adhuc conſtitutus fecerit teſtamentum, deinde vero redierit, ejus teſtamentum convaleſcat?* Quod negandum ducimus, quod enim teſtamentum ab initio prorſus non valet, non tam facile ex poſt facto convaleſcit, & prout jam ante dictum, tempus teſtamenti facti potiſſimum conſiderandum venit, quo tamen captivus prorſus fuit inteſtabilis. Aliam rationem reddit Manz. *ad c. §. f. n. 5.* quia teſtes, qui in teſtamento adhibentur, debent eſſe cives, quos adhibere nequit, qui in ſervitute apud hoſtes vivit. Neque obſtat, quod reverſus ab hoſtibus fingatur jure poſtliminii ſemper manſiſſe civis, & perinde habeatur ac ſi captus nunquam fuiſſet: jus enim poſtliminii non pertinet ad ea, quæ apud hoſtes fiunt, aut ibi nata ſunt *l. 1. C. de poſtlim.* ſed quæ antea facta vel nata fuerunt.

VII. Propter defectum integritatis judicii & mentis inteſtabiles

les ſunt impubes & furioſus, eſt enim teſtamentum teſtatio mentis noſtræ *pr. I. de teſtam. ord.* aſt impubes & furioſus mentem non habent §. 1. *I. quib. non eſt permiſſ.* & indignum videtur, ait Juſtinian. *in l. f. C. de teſtam. milit.* eum, qui ſtabilem nondum adeptus eſt mentem, ſapientium hominum jura pertractare, & in tam tenera ætate ex tali licentia parentibus forte ſuis vel aliis propinquis nocere, propriam ſubſtantiam extraneis relinquendo. Neque convaleſcet eorum teſtamentum, quamvis ille pubes, hic verò ſanæ mentis factus fuerit, quia ſemper in eo, qui teſtatur, eo tempore quo facit teſtamentum, animi integritas exigitur. *l. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

VIII. Non ſolum autem facti teſtamenti & mortis tempore ſtatus integritas in teſtatore requiritur, ſed & tempore intermedio Manz. *ad §. 6. I. quib. mod. teſtam. infirm.* capitis enim deminutionem paſſi teſtamentum, rigore juris inſpecto non ſubſiſtit. Sic ſi quis poſt factum domi teſtamentum in captivitatem redigatur, ſicque maximam patiatur capitis deminutionem, teſtamentum hoc non valebit, quamvis fuerit reverſus; unde ſi forſan teſtator hoc, & non alio teſtamento deceſſerit, heres ſcriptus hereditatem de jure Civili adire nequit. Ex æquitate tamen, ſi capite minutus priſtinum recuperet ſtatum, tale teſtamentum reconvaleſcet, jure ſaltem prætorio, quod ſi enim debitis ſuis conſtet ſolennitatibus, heres ſcriptus licet non de jure Civili, jure tamen prætorio hereditatem conſequetur per bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabb. Prætor enim ſemper æquitatem ob oculos habet, unde & duo tempora ſaltem requirit, nempe conditi teſtamenti & mortis, non curioſus de medio tempore, cum ſi extrema ſint habilia, inhabilitas medii temporis in quibusdam non attendatur *l. 6. §. 2. ff. d. hered. inſtit.* Notandum tamen hîc, quod non per quamlibet capitis deminutionem irritum factum teſtamentum ex æquo convaleſcat ſtatus recuperatione, ſed ratione teſtamenti, quod per minimam capitis deminutionem irritum factum eſt hoc ſingulariter requiritur, ut teſtator expreſsè declaret, ſe velle prius teſtamentum valere, id quod & codicillis facere poteſt. *l. 11. §. f. ff. d. b. p. ſec. tabb.* add. omninò Manz. *ad §. f. I. quib. mod. teſt. infirm. n. 6. & 7.* D. Præſes *in Juriſpr. Elem. D.* XXVII. *th. 4.*

IX.

IX. Porro, quoniam voluntas hominis ambulatoria eſt ad extremum usque vitæ halitum *l. 32. §. 3. ff. d. donat. inter. vir. & uxor.* multoties evenire amat, ut qvis voluntatem ſuam mutet aliamque in locum prioris ſubſtituat, quo ipſo prior rumpitur. Sicuti enim lex poſterior contraria tollit priorem, ita & voluntas poſterior priorem quaſi abrogat. Quæritur autem hac occaſione, quid obtineat, *ſi duo teſtamenta feciſſet teſtator, & prius per poſterius ruptum ſit, & deinde poſterius quoqve infirmatum ſicque herede deficiente nullum habeat effectum, an prius maneat ruptum, an verò reconvaleſcat?* Negativam veriorem pronunciarem per *§. 2. J. quib. mod. teſtam. infirm. l. 27. C. de teſtam. l. 27. C. de teſtam.* primum enim ſemel ruptum eſt per poſterius, licet ex eo nemo extiterit heres, cum aditio hereditatis non pertineat ad perfectionem teſtamenti, ſed tantum ad ejus exitum atque effectum Oſtermann. *ad d. §. 2.* Manz. *ibid.* & hoc ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit heres. Hinc ſi heres inſtitutus in ſecundo teſtamento aut noluerit eſſe heres, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam adiret hereditatem, deceſſerit, aut conditio illa, ſub qva heres inſtitutus eſt, non extiterit, prius nihilominus manebit ruptum & nequaquam convaleſcet, ſed erit potius locus ſucceſſioni ab inteſtato, ita ut heredes legitimi hic lucrum capiant *l. 20. pr. ff. d. b. p. contra tabb.* quamvis in teſtamento expreſſe fuerint exheredati. *d. l. 20. pr. & §. 1. nec. non l. 12. §. 5. ff. de bonis libertor.* Mantic. *de conjectur. ult. voluntat. lib. 2. tit. 2. num. 4. add.* Carpz. *p. 3. c. 2. d. 30. & 21.*

X. Cæterùm ut teſtamentum ab aliquo conditum ſubſiſtat, neceſſario quoque requiritur, ut is qui ſuum habet heredem, de illo expreſſè vel inſtituendo vel exheredando ſit ſolicitus, quod ſi enim ſilentio eum præterierit, teſtamentum erit inutile atque nullum, *l. 30 ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.* ita ut heres inſtitutus hereditatem ex tali teſtamento capere non poſſit. Neque convaleſcit illud, ſi filius præteritus vivente adhuc patre, diem ſuum obierit ſupremum *pr. I. de Exher. liber.* cum ab initio non conſtiterit, non obſtante, quod ceſſet cauſa, quæ teſtamentum poſſet invalidare, quia ſola remotio cauſæ actus ſublativa, actum ſublatum non redintegrat. *l. 36. §. f. ff. de militar. teſtam.* Manz. *ad pr. I. d. t. n. 7* Heredis autem inſtitutio, quæ fundamentum ac βάσις totius teſtamenti *l. 10. ff.*

de

de jur. codicill. Manz. *ad pr. I. de hered. inſtit.* eſt vel prima vel ſecunda, quarum hæc ſpeciali nomine ſubſtitutio dici ſolet, in vernacula, die Unter-Affter, oder Nach-Erbſatzung/ & dividitur in vulgarem atq; pupillarem, quæ rurſus eſt vel vera vel quaſi, quam & exemplarem nominant, fitque à matre filio furioſo & perpetuo morbo laboranti §. 1. *I. d. pupil. ſubſtit. l. 9. C. de impub. & alior. ſubſtit.* ibique Brunn. add. Philipp. *ll. I. Pr. libr. 2. ecl. 62.* Sicut autem hæc ſubſtitutio exſpirat morbo in totum recedente, ita & convaleſcit ac reviviſcit morbo quaſi reviviſcente Dn. Struv. *S. I. C. Ex. 33. th. 37.* cum aliis ab eo ibidem allegatis. Diſſentit alios inter Eckolt. *tit. d. V. & P. S.* §. 33. diſertè docens ſubſtitutionem, ſi poſt eam temporis intervallo, morbus recedat, atque revertatur, neutiquam reconvaleſcere *arg. l. 9. C. d. impub. & alior. & l. 43. pr. ff. eod. juncta l. 2. C. de poſthum. hered. inſtit.* Rationibus verò nititur potiſſimum ſequentibus (1) quod ſufficiat conditionem ſemel extitiſſe, licet non duraverit impleta *l. 7. C. de inſtit. & ſubſtit.* (2) quia remoto vitio furioſus vel mente captus in tali fuit ſtatu, ut ipſe ſibi potuerit facere teſtamentum, quod dum omiſit, ſanè inteſtatus decedere voluiſſe videtur. Sed diſtingvendum eſſe exiſtimo, an is qui reconvaluit priſtinamque recuperavit ſanitatem, fecerit teſtamentum, annon, priori enim caſu ſubſtitutio convaleſcere non potuit *arg.* § 1. *I. quib. non eſt permiſſ.* Vinn. *ad* §. 1. *I. de pupill. ſubſtit. n.* 8. poſteriori verò videtur convaluiſſe, cum per reſipiſcentiam temporalem ſubſtitutio nullo modo planè extincta, ſed potius ſuſpenſa fuerit. *l. pen. C de curat. furioſ.* Dn. Præſes *in Juriſpr. Elem. D.* XXVI. *th.* 11. *lit. cc. in not.* Svendendörff. *ad Eck. l. c.* Ad rationem dubitandi primam reſpondeo, benè diſtingvendum eſſe inter qualemqualem conditionis exiſtentiam, & perfectam atque abſolutam. vid. Bachov. *ad Tr. V. 2. D. 11. th. 11. lit. F.* ad ſecundam verò quod attinet, ſolvi ea poterit ex ſuperius allatis.

XI. Subſtitutionem quod concernit vulgarem, exſpirat illa aditione hereditatis, ab extraneo herede inſtituto, facta *l. 5. C de impub. & alior. ſubſtitut.* vel ſui heredis immixtione. Quod ſi verò minor primo gradu heres inſtitutus adierit hereditatem, dein verò reſtitutionem in integrum impetrans hereditate abſtinuerit, quæſtionis eſt, *an ſubſtitutio, quæ ſemel aditione hereditatis exſpiravit, con-*

valeſcat ac reviviſcat, ut ſubſtitutus ſit admittendus? Pugnantes hoc de themate DD. extant opiniones, quibusdam in negativam, quibusdam verò in affirmativam inclinantibus. Et prioris quidem opinionis defenſores utuntur *arg. l. 43. §. f. ff. d. V. & P. S.* vid. Eck. *d. t.* §. 13. *n.* 1. ibique Svendendörff. Poſterioris verò patroni ſequentibus potiſſimum moventur rationibus; (1) quod per reſtitutionem in integrum ipſius minoris, fiat, ut ille repudiet hereditatem ſicque exiſtat conditio ſubſtitutionis. (2) quod mens teſtatoris fuerit, ut ſi heres inſtitutus quacunque ratione deficeret, ſubſtitutus ad hereditatem perueniat, hanc autem enixam teſtatoris voluntatem non ſervari, ſi hoc caſu ſubſtitutus maneret excluſus. (3) facere pro hac ſententia *l. 44. ff. d. re jud. l. 1. §. 20. ff. ad tot. Tert. l. 2. §. 10. ff. d. t.* &c. Et hanc opinionem ſuam quoque facit Dn. Struv. *S. I. C. Ex. 33. th. 37. n.* 4. ubi & ad contraria reſpondet.

XII. Ex teſtamento olim dependebant legata atqve fideicommiſſa, unde & nos in hoc ordine paucis ea attingemus. Inutile autem eſt legatum rei propriæ *l. 13. C. de legat.* §. 10. *J. eod.* quod enim ſemel meum eſt, amplius meum fieri nequit, neque convaleſcit tale legatum, licet legatarius vivo adhuc teſtatore eam alienaverit *d.* §. 10. Intelligendum tamen hoc de legato purè relicto, ſi enim ſub conditione res propria fuerit legata v. g. Titio ædes ſuas ſi me vivo eas alienaverit do, lego, utique legatum ſubſiſtet conditione exiſtente. Et hoc modo conciliatur antinomia illa, quæ eſſe videtur inter *§. 10. J. d. t. & l. 1. §. f. ff. de Reg. Caton.* quam Hilliger. *ad Donell. 8. Comm. cap. 13. lit. D.* irreconciliabilem affirmat. vid. Ludwel. *ad d.* §. Quamvis autem maximè ſubſiſtat legatum ab initio, fit tamen, ut & illud nonnunquam idque variis de cauſis extingvatur. Sic tacitè ademptum videtur legatum, ſi teſtatorem inter & legatarium graviſſimæ intercesserint inimicitiæ *l. 3. §. f. l. 22. de adim. vel transf. legat.* Nemo enim inimico benefacere præſumitur. Convaleſcit tamen legatum hoc, ſi reconciliatio fuerit inſecuta, tunc enim ex tacita voluntatis conjectura reſtauratur. *d. l. 3. §. f. l. 4. ff. d. adim. leg.* Non verò tacitè ademtum dici poteſt legatum illud, quod à teſtatore graviter decumbente relictum, ſi ille poſtea reconvaluerit. Sicuti enim teſtamentum ab eo conditum, qui gravi quodam laborabat morbo, per reconvaleſcentiam ejus non infirmatur, ita neque legatum hoc exſpirabit,

bit. Vid. Mantic. *d. conject. ultimar. volunt. lib.* 12. *tit.* 2. *n.* 5. Nec ad rem facit convenientia illa, quæ eſt inter legatum & donationem mortis cauſa *l.* 16. *d. mort. cauſ. don.* ita ut ſicuti mortis cauſa donatio revocatur, ſi donator poſtea convaluerit, ſic quoqve legatum. Diſtingvendum enim, an teſtator hoc modo legaverit. Cajo fundum Tuſculanum do lego, ſi in hoc morbo deceſſero, an verò alio, nullamque inſtantis periculi fecerit mentionem. Indiſtinctè porrò extingvitur legatum, ſi quis rem legatam alteri donaverit *l.* 18. *ff. de adim. vel transf. leg.* id quod in tantum procedit, ut non reconvaleſcat, quamvis eandem rem poſtmodum teſtator redemerit *l.* 15. *ff. d. t.* Carpz. *deciſ.* 68. *n.* 11. neque diſtingvitur, an alienatio hæc ſit ſpontanea, an verò neceſſaria, cum donatio ſemper ſit ex voluntate, & nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat. Mantic. *d. l. tit.* 6. Fideicommiſſum quoqve à filiofamilias relictum, ſi is ſui juris fiat ac moriatur, convalidatur atque convaleſcit *l.* 1. §. 1. *ff. d. leg.* 3. quia in fideicommiſſis ſola ſpectatur voluntas. *l. pen. de leg.* 1. Manz. *d. Teſtam. tit.* 2. *qv.* 1. *n.* 120. Brunnem. *ad l.* 19. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* id quod ſecus eſt in teſtamento, quando enim is, qui defectu aliquo laborat, ut filiusfamilias, condit teſtamentum, tunc hoc non convaleſcit, ceſſante impedimento, ut ſi ſui Juris fuerit factus, ſicuti jam ſupra dedimus probatum. vid. Enenck. Baro *de privil. par. & liber. l.* 5. *priv.* 16. *c.* 1. *n.* 6. quem refert Zepperus *de Codicillis c.* 5. *n.* 27. *& ſeqq.* Brunn. *ad d. l.* 1. §. 1. *ff. d. leg.* 3.

XIII. Idem, quod de fideicommiſſis dictum, obtinet quoqve in codicillis, qui in larga ſignificatione ſub teſtamenti appellatione continentur Gloſſ. *in l.* 2. *verbo perſonales C. commun. de leg.* Carpz. *p.* 3. *c.* 4. *d.* 3. *& lib.* 6. *Reſponſ.* 20. *n.* 6. nam & illi conditi à prohibito, convaleſcunt ceſſante impedimento, ſeu prohibitione, cujus ratio eſt, quia in codicillis mortis tempus tantum attenditur, an ſcilicet eo tempore poteſtatem codicillandi quis habuerit, licet tempore facti codicilli non item. Zepper. *d. c.* 5. *n.* 72. Unde & quod fideicommiſſa attinet, diſtingvendum eſſe monet Brunn. *l. c.* inter fideicommiſſa in teſtamento & in codicillo relicta, ita ut in his habilitas mortis tempore ſufficiat, minimè verò in illis Peregrin. *de fideicommiſſ. art.* 1. *n* 8. Sunt autem codicilli vel teſtamentarii, qui condito teſtamento fiunt §. 1. *J. & l.* 8. *pr. ff. d. codicill.* vel non teſtamentarii,

qui fiunt ſine teſtamento & ab inteſtato *d.*§. 1. *& l.* 8. Philipp. *Uſ. Inſt. Pr. l.* 2. *ecl.* 105. Teſtamentarii, ſicuti ex teſtamento vigorem habent, ita quoqve rupto eodem & ipſi diſpereunt, confirmato verò denuò teſtamento, codicilli quoqve confirmantur ſicqve convaleſcunt. *arg. l.* 1. *C. de codicill.* ibiqve Brunn. Et hæc de hereditate teſtamentaria dicta ſufficiant, quod legitimam concernit, brevitatis ſtudio ducti notabimus ſaltem, quod ſi quis juvenili ductus levitate hereditatem repudiaverit, aliquando à Prætore reſtituatur, ut eandem adire ipſi liceat ac ſi res adhuc eſſet integra *l.* 24. §. 2 *ff. d. minor.* Vinn. *in comm. ad* §. 5. *J. de hered. qual.* ita ut & hoc in caſu convaleſcentia inveniat locum. Plura addere pagellarum, in quas nos coarctavimus, prohibent anguſtiæ.

Cap. V.

De

Convaleſcentia ratione juris ad rem.

SUMMARIA.

I. Quando pupillus mutuum dedit, & nummi ſint conſumpti, mutuum reconciliatur. Si filiusf. mutuum accepit, & ratihabitio patris acceſſerit, convaleſcit. II. Mutuum in nummis alienis datum conſumptione convaleſcit. III. Pignus rei alienæ non ſubſiſtit, ex poſtfacto tamen ſubſiſtit ac convaleſcit, ſi dominus rei ab alio oppignoratæ ratum habeat. Vel ſi debitor deinde fiat rei dominus. Limitatur. Q. An ſubmoto per factam ſolutionem primo creditore, ſecundo pignus convaleſcat? IV. Q. Si dominus cujus res oppignorata creditoris fiat debitor, quid obtineat? V. Non convaleſcit ſtipulatio, ſi ex re publica fiat res privata. Mulier in foro Saxonico ſi negotio à curatore celebrato ex poſtfacto tacitè aut expreſſè conſentiat, convaleſcit ſtipulatio. VI. Venditio rerum, quæ ſunt minorum, niſi fuerit ſolenniter facta non niſi certis modis, qui hic referuntur convaleſcit. VII. Contractus ſocietatis diſſolutus convaleſcit.

I. Con-

I.

Conſiſtit jus ad rem in obligatione, quæ oritur vel ex contractu, vel ex quaſi contractu, vel ex delicto, vel ex quaſi delicto, vel ex lege. Contractus verò ſunt, vel reales, vel verbales, vel literales, vel conſenſuales, *§. f. J. de obl.* ex quibus reales ſunt quatuor, mutuum, commodatum, depoſitum, pignus *t. t. J. quib. mod. re contr. oblig.* Mutuum quod concernit, circa illud primo loco nobis conſiderandæ veniunt perſonæ, quæ contractum hunc celebrare valent: poſſunt autem omnes, niſi prohibeantur, idqve vel naturâ, ut infans, furioſus, mente captus; vel lege, ut pupillus, prodigus, minor habens curatorem, quæ perſonæ ſi mutuum dederint, dominium non transferunt. *l. 33. §. 1. ff. de admin. tutel.* Quod ſi verò pupillus v. g. de facto mutuum dederit, diſtingvendum, an nummi adhuc extent, ut tunc à quocunqve vindicari poſſint poſſeſſore, an verò jam ſint conſumpti, idque vel bonâ fide factum, vel mala fide; priori caſu illud quod antea non erat mutuum, reconciliatur ac reconvaleſcit *l. 12. ff. d. reb. cred.* Brunn. *ibid. l. 19. §. 1. ff. d. t.* habet enim hoc caſu conſumtio vim translationis dominii, non effectivè, ſed occaſionaliter, ut loquitur Zaſius *ad d. l. 12.* add. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. tit. 3. n. 5.* & ſic ceſſante rei vindicatione naſcitur condictio: extinctæ enim res licet vindicari non poſſint, condici tamen poſſunt. *§. 26. J. d. R. D.* qua de re in ſeqv. dicetur cap. Poſteriori caſu competit actio ad exhibendum, nam ſecundùm Theoph. *ad §. 2. J. quib. alien. non licet*, regula eſt: Quæ, cum extant, vindicantur, in iis, ſi occultentur aut mala fide conſumpta ſint actioni ad exhibendum erit locus. Paria enim ſunt poſſidere & dolo deſiiſſe poſſidere *l. 13. l. 150. ff. d. R. J.* & dolus rem ipſam repræſentat *l. 68. ff. d. R. V.* Agitur tamen hac actione non ad id ut fiat copia rei inſpiciendæ, & ut poſſit res exhibita vindicari *l. 2. & 3. §. 3. ff. ad exhib.* ſed ut damnetur reus ad intereſſe, quod æſtimat actor jurejurando in litem Manz. *ad §. 2. I. quib. alien. non lic. n. 15.* Sed & ipſe filiusfamilias obſtaculo ipſi ponente Senatusconſulto Macedoniano mutuum accipere nequit, quamvis omnes alios contractus celebrare valeat. *t. t. ff. ad SC. Maced.* quod ſi verò patris acceſſerit ratihabitio, contractus hic fit validus atque convaleſcit vid. Dn. Præſes *in Comm. ad tit. d. R. J. p. 185. part. 1.* Neque obſtat, quod firmitas negotii ratificati non demum à tempore

ratificationis incipiat, ſed retrò à tempore negotii geſti, ad quod ratihabitio retroducitur & ſuum ſortitur effectum *l. f. C. ad SC. Maced.* Bald. *in l. 4. §. 6. ff. d. offic. procur.* ſicque convaleſcentiâ opus non ſit. Nam (1) negatur, quod & illud non convaleſcat, cui accedit ratificatio die Genehmhaltung/ quæ facit ut ab initio ſtatim negotium ſubſtitiſſe cenſeatur. (2) retrotrahitur ratificatio ad tempus initi negotii aut contractus fictione ſaltem juris, in rei enim veritate multo poſt acceſſit.

II. A ſubjecto contractus mutui h. e. à perſonis, quæ mutuum contrahere poſſunt, progredior nunc ad ejus objectum, quod conſtituunt res fungibiles, quæ ſunt quarum quantitas naturâ, aptitudine & conſvetudine, numero, pondere, & menſura æſtimatur & quaſi determinatur, ut earum datione poſſit in creditum iri. *l. 2. §. 1. ff. d. R. C.* Debet autem res, quæ huic contractui ſubjacent, eſſe propriæ, non alienæ, eſt enim hic contractus dominii translativus, cùm mutuum exinde ſit dictum, quod ex meo fiat tuum, & ex tuo meum *pr. J. quib. mod. re contr. obl.* quamvis id, aſt infelici ſanè ſucceſſu negare auſus fuerit Clariſſ. cæteroquin Salmaſius per *l. 15. ff. d. ſolut.* ad quam reſpondet Dn. Struv. in *Evolut. Ex. 16. th. 8.* Si quis igitur mihi nummos alienos, quorum non eſt dominus, credendi animo dederit, nullum certè contrahitur mutuum, ob defectum objecti habilis, cum illud eſſe debeat res propria, non verò aliena. Convaleſcit tamen hic contractus mutui itidem conſumptione, ut perinde habeatur dans, ac ſi verus fuiſſet dominus. *d. l. 12. ff. d. R. C.* Dn. Struv. *d. l. th. 15.* Ratio eſt, quia tunc non unde originem habeat pecunia, quam quis mutuo dedit attenditur, ſed ſola conſumptio, & perinde habetur ac ſi mutuò dans rem, cujus dominium per conſumptionem interverſum eſt jam quaſi accipientis fecerit vid. Brunn. *ad l. 7. C. ſi certum pet. l. 32. ff. d. R. C.* Et hæc eſt ratio cur DD. mutuum vulgò diſpeſcere ſoleant in verum & fictum ſeu quaſi, hoc dicentes quod ex poſtfacto veluti ex conſumptione conciliatur, *l. 12. pr. ff. d. t.* illud verò quod ab initio ſtatim traditione & acceptatione perficitur. Qua ratione vero, hoc in caſu danti competat actio adverſus mutuatarium exponit Giphan. *ad l. 2. C. d. t.*

III. Ad pignoris contractum quod attinet requirit & ille objectum idoneum, quod conſtituunt res omnes quæ ſunt in bonis debitoris *l. 4 ff. quæ res pignor. oblig. non poſſ. l. 6. C. eod.* & alienari poſſunt *l. 9. §. 1. ff. d. pignor.* Ex quibus per ſe fluit res alienas neqve hujus

con-

contractus idoneum eſſe objectum, ſi ſcilicet quis eas proprio nominē obliget, aliud enim eſt ſi hoc faciat alieno v. g. tutorio aut adminiſtratorio nomine *l. 16. de pignor. act. l. 3. C. ſi aliena res pignori data ſit. l. 11. d. pignor.* Gail. 2. *obſ. 72.* non obſtant. *l. 9. d. pignor. l. 18. d. R. V.* ad quas reſpondet Dn. Struv. *in Evol. Ex. 26. th. 17.* Quamvis autem ab initio pignus rei alienæ non ſubſiſtat, neqve pleno jure ſubſiſtere & vero rei domino præjudicare poſſit, non enim debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *l. 74. ff. d. R. J.* fit tamen nonnunquam, ut ex poſtfacto ſubſiſtat atqve convaleſcat, veluti ſi dominus rei ab alio oppignoratæ ratum habeat Illuſtris Fuchſius *ad §. 4. J. qvib. mod. re contr. obl.* qvo caſu retrotrahitur iſta oppignoratio, quaſi ab initio ſtatim fuiſſet valida, ita tamen ut eo ipſo non præjudicetur tertio, cui ante ratihabitionem ab ipſo domino res fuit obligata *arg. l. 11. ff. qvi pot. in pign.* Neguzant. *membr. 1. p. 3. n. 36.* Bachov. *de pignor. lib. 2. cap. 2. n. 15.* Item convaleſcit pignus ex poſtfacto, ſi oppignorans debitor deinde fiat rei dominus *l. 5. C. ſi res alien.* non qvidem de Juris rigore uti notat Brunn. *ad cit. l. 5.* ſed de æquitate, dummodo creditor b. f. pignus hoc acceperit neſciens rem eſſe alienam *l. 41. ff. d. pign. act.* Bachov. *d. tr. l. 2. c. 4. n. 6.* Limitat tamen hoc quod dictum Brunn. *ad. l. 9. §. 3. ff. qvi pot. in pignor.* h. m. niſi res alii ab eodem debitore non domino, oppignorata, & is eo tempore, quo debitor fit dominus rei oppignoratæ nondum ſit dimiſſus, tunc enim ſecundi debitoris jus reconvaleſcere nequit, propter jus primi creditoris. Caſum quoque ex *d. l.* huc ſpectantem eruit talem. Titia bona fide poſſidebat fundum, quem primò Titio, ſecundò Mevio pignori dedit. Domina facta fundi dedit illum in dotem marito æſtimatum h. e. marito quaſi vendidit, æſtimatio enim hîc facit venditionem, & ita ex *l. plerumque 10. ff. d. Jur. dot.* dominium in maritum tranſtulit. Mox primo creditori Titio ſcilicet ſolvit. Quæritur hinc, *An ſubmoto per factam ſolutionem primo creditore, ſecundi Mevii videlicet pignus convaleſcat?* Affirmativa vera videtur, quia Titia jam domina erat facta, dicendum igitur pignus rei alienæ convaluiſſe; Sed negativa prævalet meritò, quia Titia eo tempore quo Titio ſolvit, non amplius fuit domina. Sed obicem huic deciſioni ponit, quod res alteri oppignorata ſi alienatur, tranſeat cum ſuo onere. Reſpondetur verò

no-

notabiliter hoc fallere, ſi fiat alienatio eo tempore, quo adhuc nihil eſt quæſitum creditori, qui in eventum prioris creditoris dimiſſi hypothecæ ſpem habuit. Brunnem. *l. c.* & ab eo *ibid. all.* Bachov. *de pignor. l. 2. c. 4. n. 7.*

IV. Dictum igitur quid juris & quomodo pignus convaleſcat, ſi debitor fiat dominus rei alienæ à ſe oppignoratæ, majoris autem difficultatis quæſtio eſt, qua quæritur, *quid obtineat, ſi dominus, cujus res oppignorata creditoris fiat debitor?* Hoc caſu non convaleſcere pignus ſtatuit Paulus *l. 41. ff. d. pignor. act.* add. Giphan. *in l. 2. C. d. t.* cui tamen è diametro contradicere videtur Modeſtinus *in l. 22. ff. d. pignor.* Sed non convaleſcere pignus verior eſt ſententia, quapropter DD. ad adduct. m *l. 22. ff. d. t.* variè reſpondere ſolent. Franciſcus Hottomannus 5. *obſerv. c.* 8. expreſſam inter hoſce duos juris txx. ſtatuit antinomiam, eamqve irreconciliabilem pronunciat, ita ut nullo ingenioſo & ſubtili commento tegi poſſit. Alciat. 7. *parerg* 14. textuum correctionem ſuſcipit, ſicqve eos in concordiam atqve ſuavem quandam harmoniam redigere allaborat; etenim in *l.* 41. *proinde idem dicendum,* detracta negatione legit interrogativè, *num eſt idem dicendum?* quaſi præmitteretur interrogatio, & dein ſubjiceretur reſponſio in verſic. *ſed ſi convenisſet de pignore,* hoc ſcilicet, quod in propoſito caſu actio pignoratitia creditori ſit concedenda. Verum, quoniam violentæ ſunt conciliationes, quæ textuum correctionem requirunt, meritò eam non attendimus, præprimis cum ſecundum Vultejum *Diſcept. Scholaſt. c.* 17. conſtans eademqve legis noſtræ ſit lectio, non ſolum in omnibus impreſſis exemplaribus ſed & in manuſcriptis codicibus. Aliter hîc ſolvit antinomiam hanc apparentem Johann. Robert. *lib. 2. Recept. lect. c.* 1. Dicit enim utramqve legem loqui de actione hypothecaria, ſed diſtingvendum eſſe inter creditorem ignorantem & ſcientem, ut huic nulla hoc in caſu detur actio, illi verò omnino. Accedit deniqve ſolutio Dn. Struv. quam *Ex. 26. th. 17. Ecolut.* ſuppeditat: diſtingvit enim inter convaleſcentiam pignoris ex qua ipſo jure datur actio hypothecaria, & eam quæ ope demum exceptionis actionem producit: priorem ait, negari in *l.* 41. poſteriorem verò concedi *in l.* 22. Caſum vide apud eundem. *l. c.*

V. Relictis contractibus realibus ad verbales nunc accedo, *ſtipulationes* ſcilicet. Hæ verò ſunt vel utiles vel inutiles. Utiles

ſunt

ſunt quæ de jure ſubſiſtunt & effectum habent, ſicuti inutiles, quæ de jure non ſubſiſtunt nullumque habent robur *l. 36. ff. d. V. O.* Inutiles porrò ſtipulationes ſunt tales, vel ratione objecti, vel ratione finis, vel ratione cauſæ efficientis, vel denique ratione cauſæ formalis, Illuſtris Fuchſius *ad rubr. J. de inutil. ſtipul.* Manz. *ibid.* Ratione objecti inutilis eſt ſtipulatio rei ſacræ aut religioſæ, quam quis humani Juris eſſe credebat, item rei publicæ, quæ uſibus populi perpetuò expoſita, qualis eſt forum, theatrum: item liberi hominis §. 2. *J. d. t.* aut rei propriæ, id enim quod ſemel meum eſt, de novo meum fieri nequit §. 10. *J. d. legat.* §. 14. *J. d. act. l. 159. ff. d. R. J.* id quod tamen ad æſtimationem rei propriæ extendendum non eſt *l. 82. ff. d. V. O.* aliud enim hic eſt res ipſa, aliud verò æſtimatio ejus *l. 42. ff. d. uſufr.* Nec convaleſcit ejuſmodi ſtipulatio, ſi ex re publica fiat res privata v. g. ſi Imper. eam privato donaret; ex re ſacra ſeu divini Juris, res profana, ſeu humani Juris v. g. ſi locus ſacer ab hoſtibus caperetur, de Jure Civili enim locus ſacer ab hoſtibus poſſeſſus ſacer eſſe deſinit, & tantiſper fit profanus, donec ab ea calamitate liberetur *l. cum loca ff. de religioſ. & ſumpt. ſun.* aut ex libero homine ſervus, ſi videlicet ab hoſtibus captus, aut ad pretium participandum ſeſe venundari paſſus fuerit §. 4. *I. d. J. P.* aut ex re propria aliena facta fuerit. Si enim ejusmodi ſtapulatio in pendenti eſſe nequit, multò minus poterit convaleſcere, pura namque ſtipulatio non ſuspenditur, ſed ex præſenti vires accipit *l. 83. §. 5. ff. d. V. O.* & attendendum tempus conceptæ ſtipulationis, non verò eventus. Ratione finis inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis alteri ſtipuletur, non ſibi, finis enim ſtipulationum eſt, ut quisque ſibi acquirat, non alii, agat quod ſua intereſt, non quod alterius *l. 5. pr. ff. d. t* Ex quo fundamento perſpicuè apparet, curatorem mulieri ad litem datum de Jur. Sax. nil quicquam ejus nomine validè promittere, ſi ipſa non fuerit præſens & conſentiat, quia in contractu mulieris non tam curatoris quam ipſius mulieris contrahentis perſona & conventio ſpectanda eſt, cui autoritas ſaltem & conſilium curatoris ob muliebris judicii imbecillitatem accedit Landr. *lib. 1. a. 44.* Carpz. *p. 2. c. 15. d. 28. n. 2. & ſeqq.* Si tamen mulier contractui aut negotio à curatore celebrato ex poſtfacto tacitè aut expreſsè conſentiat, v. g. recipiendo id quod

ex contractu vel negotio illo ad eam ſpectat, convaleſcet ſtipulatio atque ſubſiſtet. Rem illuſtrabimus reſponſo Dominorum Scabinorum Jenenſium, quod refert Philipp. *U. I. Pr. l. 3. eccl. 53. n. 9.* Verba reſponſi hæc ſunt: Wenn gleich Eures Weibes kriegiſcher Vormund/ohne Beyſeyn und Vorbewuſt Eurer Haus-Frauen beygefügte Vergleichung aufgerichtet: dennoch aber/weil gedachter kriegiſcher Vormund hernach Eurem Weibe durch Euch als Ihren Ehemanne ſolches anmelden laſſen/und Ihren Conſens darüber erfordert/Euer Weib auch damit zu frieden geweſen/und ſolche Vergleichung dabero approbirt, gut geheiſſen und angenommen/indem Sie auf ſolcher Vergleichung etlich Geld von Ihrer Stieffmutter durch Euch/ als Ihren Ehemann empfangen laſſen/ und neben Euch quitiret. So iſt Eures Anführens und Einwendens ungeachtet/ die getroffene Transaction und Vergleichung zu rechte kräfftig und gültig: V. R. W. Sed & ſtipulatio alteri facta inutilis non eſt, ſi ſtipulantis interſit *l. 38. §. 20. ff. d. V. O.* hac enim ratione non alteri ſed ſibimetipſi obligationem actionemque ſtipulator ratione ſui intereſſe acquiſivit *l. 118. §. f. ff. d. t.* id quod obtinet quoque, etiamſi ex poſtfacto demum intereſſe cœperit, tunc enim convaleſcet ſtipulatio Hilliger. *in Donell. Enucleat. lib. 12. cap. 18. lit. a. in not.* modò laudatus Philipp. *U. I. Pr. lib. 3. eccl. 57. n. 8.*

VI. Et tantum de contractu verbali. Seqvuntur nunc contractus conſenſuales, inter quos primum occupat locum emptio & venditio. Vendit verò quis rem vel proprio nomine, vel alieno v. g. tutor res pupillares, quamvis non tam facilè ad eam devenire poſſit *t. t. ff. de rebus eor. qui ſub tutel.* nam ut ea locum inveniat, requiritur (1) ut adſit juſta alienandi cauſa v. g. æs alienum urgens *l. 12. & l. 22. C. de præd. minor.* (2) ſufficiens præcedat cauſæ cognitio (3) decretum interponatur magiſtratus (4) accedat ſubhaſtatio *l. 4. C. d. bon. autor. jud. poſſid.* qua de re fuſo tractat ſtylo Simoncellus *Tr. de Decretis cæteriſque ſolennitatibus in contractu minor. &c. lib. 3. tit. 8.* Hiſce requiſitis benè & ad ungvem, uti loqui amant, obſervatis, alienatio ſubſiſtit, contra verò iis neglectis eadem nulla eſt atque invalida, nullumque habere poteſt effectum. *l. 5. C. de præd. minor.* in tantum, ut in pupilli dominio manſiſſe intelligatur id, quod illegitimè alienatum Carpz. *p. 2. c. 11. d. 29.* Richter. *Deciſ. 15.*

n. 12.

n. 12. competatque ei rei vindicatio ad res ſuas alienatas cum omni cauſa à quocunque poſſeſſore revocandas *l.* 4. *l.* 10. *l.* 16. *C. d. t.* Sed duobus potiſſimum modis ejusmodi venditio ex poſtfacto confirmatur atq; convaleſcit (1) ſi minor ſciens contractum, major factus, vel ejus heres per quinquennium tacuerit *l. ult. C. ſi minor. maj. fact.* Trentacinqv. *de minor. Reſol.* 10. *n.* 7. Brunn *ad l.* 2. *& ult. C. d. t.* quod ſi enim ignoraverit eum, non niſi à die ſcientiæ quinquennium illud computabitur, præjudicia vide apud Philipp. *Il. I. Pr. l.* 2. *eccl.* 42. *n.* 20. Et hoc ſilentio quinquennali quod quaſi ratificationem inducit, confirmatur venditio atque convaleſcit ex tunc *l. f. C. d. t.* ita ut videatur rem ab initio legitimè fuiſſe alienatam, quia lex hic cooperatur, alienationem illam illegitimè factam approbando, ita ut hic ſubſit fictio, quæ ſicuti fictio in genere ex diſpoſitione legis eſſe ſuum deducit Menoch. *d. præſumpt. lib.* 28. *n.* 18. eſtque curſus hic quinquennii non tam præſcriptivus, quàm potius ratihabitionis inductivus, purgaturque eo omne nullitatis vitium. Ita pronunciarunt Scabini Lipſienſes teſte Carpz. *lib.* 5. *Reſponſ.* 276. Dieweil aber dennoch aus Eurer Frage ſo viel zu vernehmen/daß Euer Weib nach erlangter Mündigkeit weit über funff Jahr ſtillgeſchwiegen/und deßwegen Sich nicht beſchweret/ſondern vielmehr dadurch alles agnoſciret, So mögen obgedachte erſter Vormunden Erben umb Erſetzung des Schadens von Ihr nicht belanget werden. (2) Convaleſcit venditio rei pupillaris à tutore nulliter facta idque uti loqvuntur ex nunc, non verò ex tempore negotii initi, ſeu ex tunc, ſi minor majorennitatem adeptus facto quodam alienationem approbaverit. Portius *Reſ.* 78. *n.* 21. *&* 22. *& Reſ.* 152. *n.* 65. Surd. *deciſ.* 259. *n.* 5. v. g. ſi pretium ab emptore acceperit, *l.* 12. *ff. d. evict.* Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *d.* 31. *n.* 2. Brunn. *ad l.* 2. *C. d. t.*

VII. Spectat huc quoque contractus ſocietatis, qui inter alios modos ſolvitur quoque ceſſione bonorum unius ex ſociis, ſi quis ſcilicet eorum mole æris alieni oppreſſus bonis ſuis ceſſerit, ejusque ſubſtantia propter debita vendita fuerit, tunc enim ex ſocietate fit diſſociatio *l.* 4. *ff. pro ſoc.* Quod ſi tamen poſt ceſſionem de novo conſentiant in ſocietatem, denuo videtur conſiſtere ſocietas, ita ut novo conſenſu quaſi re integretur ac convaleſcat. Weſenb. *ad* §. 1. *I. d ſoc.* Et hæc de convaleſcentia ratione juris ad rem dicta ſufficiant

Cap. VI & Ultimum.

De
Convaleſcentia ratione actionum.

SUMMARIA.

I. *Actio, ſi pater injuriam filio factam remiſerit, non reconvaleſcit. Fallit tamen.* II. *Q. Num ſi ægrotans & graviſſimè decumbens in confeſſione ſacerdotali facta injuriam ſibi illatam ſalutis ſuæ memor remiſerit, poſtmodum injuriarum actio convaleſcat?* III. *Ponitur deciſio.* IV. *Ob conſumtionem factam naſcitur condictio. Si mulier novandi animo interceſſerit, adverſus priſtinum debitorem reſtituitur actio & convaleſcit.* V. *Si poſt admiſſam noxiam ſervus in alterius perveniat poteſtatem, non reconvaleſcit noxalis actio.* VI. *Q. an per reſtitutionem in integrum jura actionum amiſſa convaleſcant?*

I.

Actio quæ nihil aliud eſt, quàm jus perſequendi in judicio id, quod ſibi debetur *pr. I. d. act.* Theoph. *ibid.* multis modis extingvi poteſt. Quamvis enim jus noſtrum perpetuas agnoſcat actiones, τὸ perpetuum tamen ibi non denotat infinitum, ſed illud, quod longo temporis ſpatio vivit, opponiturque temporali, unde famigeratiſſima actionum diviſio, alias ſcilicet eſſe temporales, alias verò perpetuas *tit. I. de perpet. & temporal. act.* Temporalis autem dicimus eas, quibus jus exiguum vitæ tempus ſeu fatum, & quidem regulariter annale præfinivit. Perpetuæ verò ſunt, quibus tempus vivendi longũ, & quidem regulariter annorũ triginta, à jure præſcriptum. Extingvitur autẽ actio præſcriptione, transactione, aliisq; modis habilibus, imò & futuris actionibus quis renunciare poteſt, id quod in tantum procedit, ut ſi quis cum aliquo contrahat, & in ipſo contractu actiones ſibi competentes ſcienter remittat, iisque renunciet, neque per enormem læſionem actiones convaleſcant. vid. Richter. *deciſ. 99. n. 84.* Eſt enim hæc renunciatio ſimilis donationi, quæ ſemel perfecta non tam facile revocatur *l. 6. & ſeqq. C. d. condict. ob cauſ.* nam qui donat ſe læſum eſſe conqueri nequit, cum donare nihil aliud ſit, quàm ultro perdere *l 7. ff. d. donat.* Et hæc eſt ratio, cur ſi pater injuriam filio factam remiſerit, actio injuriarum tali modo extincta, à filio

poſt remiſſionem emancipato, repeti nequeat, neque convaleſcat. *l.17. §.12.ff d. injur.* poteſt enim pater actionem injuriarũ filio competentem remittere Petr. Barboſa *ad l. Lucius Titius ff. ſoluto matrimon.* quamvis, ſi filius remittat actionem injuriarum, ratione injuriæ ſibi illatæ competentem, patri hoc non præjudicet, cum patri actio hæc proprio competat nomine. Brunn. *ad l.30. ff. pact.* Fallit verò id, quod de remiſſione patris dictum, ſi filius ſit honeſtioris conditionis ipſo patre *d. l.17 §.13. ff. d. injur.* Boer. *deciſ.* 120. Harpr. *ad §. 2. I. d. t. n.17.*

II. Cum dictum, actionem injuriarum extingvi remiſſione, hac occaſione illam movere lubet quæſtionem, quã quærunt, quid juris *ſi ægrotans & graviſſimè decumbens in confeſſione ſacerdoti facta, injuriam ſibi illatam, ſalutis ſuæ memor, adverſario remiſerit, poſtmodum verò convaleſcat, an ſimul convaleſcat injuriarum actio, nec ne?* Sane Gvilielm. Ameſ. *de conſcientia & ejus jure Lib. 5. c. 2.* non obſtante hac remiſſione, injuriatum, qui convaluit, nihilominus ad pœnam imponendam agere poſſe exiſtimat, cum hac remiſſione tantùm ſit remiſſa vindicta privata, ex odio & cupiditate ulciſcendi proveniens, nequaquam verò ea, quæ ex juſtitia commutativa & utilitate publica provenit, quæ vult, delicta ne maneant impunita, ſed puniantur ad emendationem delinquentium. Alii diſtinctionis fœdere rem componere ſatagunt, diſtingventes, an expreſsè remiſſa ſit injuria, an verò rancor ſolùm & offenſa animi, & denique, an dubium ſit, quid remiſſum. Catalogum horum recenſet Ludwel. *Diſp. 18. th. 7. lit. D* Planè non convaleſcere injuriarum actionem hoc caſu defendit Bachov. *ad §. f. I. d. injur. n. 2.* rationem ſuæ aſſertionis petens ex *l.14. §.9. ff. d. ædil. edict.* ubi dicitur, quod remittentibus actiones ſuas regreſſus ad eaſdem denegandus ſit. Quam ſententiam juvat, quod, ſi convaleſcat actio facta remiſſione, nihil actum eſſe videatur. Item, quod dici nequeat injuriatum ex animo injuriam remiſiſſe, quo ipſo tamen malè conſuluiſſet animæ ſuæ, præprimis cum Servator noſter illis vindictam minetur, qui non ex animo injurias proximis ſuis remittunt. Et hanc ſententiam præ aliis commendat quoque Eck. *tit. d. injur §. 18.*

III. Sed quamvis homini Chriſtiano conſultius ſit remittere injuriam, quàm actione injuriarum ſat odioſa adverſus injuriantem experiri Weſenb.

ſenb.*conſ.*142.*n.*45. In dubio tamen nemo jus ſuum, & ſic neq; actionẽ injuriarum remiſiſſe videtur Cephal. *conſil.* 445. *n.* 29. *vol.* 3. quæ eſt ratio, cur injuſta ſolum ulciſcendi injurias cupido, non verò legitima injuriarum illatarum perſecutio, in ſimplici injuriarum remiſſione veniat Mynſ. *obſ.* 10. *cent.* 4. Et ſane, qui rancorem & odium remiſit, propterea ab injuriarum actionis inſtitutione repelli nequit, quando enim ſemel injuriæ ad animum revocatæ ſunt, (id quod omninò hîc præſupponendum) non tolluntur, niſi remisſione expreſſa Gl. *ad* §. *f. ad verſ. non revocaverit in f. J. de injur.* Jacob. de Belviſ. *in Practic. Criminal. l.* 1. *c.* 3. *n.* 18. *in fin.* Sic communis DD. eſt opinio per uſum ſacroſanctæ Euchariſtiæ non ipſam actionis injuriarum perſecutionem, ſed rancorem ſolum & odium remiſſa cenſeri. Legitimis enim & à juribus præſcriptis mediis ſuam ſuorumqve proſequi injuriam Chriſtiano nequaquam erit denegatum Imò accuſatio de injuriis eſt actus juſtitiæ, qui prohibitus non eſt. Covarruv. *variar. reſolut. lib.* 2. *cap* 10. *n.* 7. *pr.* Videtur igitur convaleſcentiâ hic opus non eſſe, cùm actio injuriarum nunquam fuerit remiſſa, ſed rancor ſolùm & odium. vid. Theodoric. *Prax. criminal. cap.* 2. *aph.* 21. *num.* 13. *& ſeqq.*

IV. Actiones ex contractu deſcendentes quod attinet, inter eas primo ſeſe nobis offert loco condictio certi ex mutuo, quæ, cum contractus mutui convaleſcere poſſit, & ipſam convaleſcere, mirum non eſt, datur autem ei, qui ante conſumptionem pecuniæ à debitore factam, eam non habebat. Sic ſi fur aliusve alienos nummos mutuò dederit, non ſtatim naſcitur condictio certi, niſi conſumtio acceſſerit. Brunn. *ad l.* 13. *ff. d. R. C.* Et quamvis Grænwegen. notante laudato Brunem. primum *l.* 13. *ff. d. t.* §. antiquatum eſſe affirmet, nihilominus tamen & hodie requiritur in mutuum dante dominium. Accidit quoqve haud raro, ut quis pro alio novandi animo intercedat atque fidejubeat & in ſe transferat obligationem alterius, quod ſi mulier fecerit, creditori vetus actio per interceſſionem ſublata, adverſus priſtinum debitorem reſtituitur ſicque convaleſcit *l.* 14. *ff. ad SC. Vellejan.* quæ propterea reſtitutoria vocatur, *l.* 8. §. 12. *&* 13. *ff. eod.* aliàs reſciſſoria *l.* 16. *C. eod.* add. Wiſſenb. *Diſp.* 30. *th.* 5. Notandum tamen, quod hæc priſtinæ actionis reſtitutio atque convaleſcentia tum demum ſit neceſſaria, quando vetus actio eſt ſublata,

&

& mediante novatione in mulierem tranſlata *l.* 8. §. *7.* 9. *ff. d. t. l.* 16. *C. eod.* Etenim quando interceſſio facta eſt ſimpliciter, reſtitutione ac convaleſcentia opus non eſt, cum vetus adhuc duret actio *l.* 33. *pr.* §. 1. *C. d. t.*

V. Aliud exemplum de convaleſcentia actionis eſt in actione noxali, de qua agitur *in* §. *6. I. d. nox. act.* Nimirum conſtat, quòd inter dominum & ſervum nulla detur actio, cum actiones ſint juris civilis *l.* 7. §. 1. *l.* 42. §. 2. *ff. d. procur. & defenſor.* Ungep. *Ex. Juſtin.* 14. *qv.* 1. *in ajo.* aſt ſervi, quod Jus Civile attinet, pro nullis habentur *l. quod jus civile ff. d. R. J.* cui conſequens eſt, quod neque actio noxalis detur inter dominum & ſervum, de quo enim removetur genus, de eo etiam removentur omnes ejus generis ſpecies Ariſt. 4. *Top.* 4. *t.* 6. neqve convaleſcit actio, ſi poſt admiſſam noxiam ſervus in alterius perveniat poteſtatem, aut liber factus fuerit, quoniam ab initio nulla obligatio aut actio nata fuit, cum adhuc eſſet in poteſtate, ut adeò hic verè obtineat regula: Quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere nequit *l.* 29. *ff. d. R. J. c. non confirmatur d. R. J. in* 6. Intelligendum autem hoc ſaltem de veteri delicto, quia ſi poſt alienationem aut manumiſſionem de novo delinquat, nullum eſt dubium, quin naſcatur actio *l.* 1. *in fin. C. d. nox. act.* Sed & ſi ſervus alienus noxiam mihi committat, deinceps verò meam ingrediatur poteſtatem, actioni noxali locus non erit, illud enim, quod in eum caſum pervenit, unde incipere non poteſt, extingvitur §. 14. *I. de legat. l.* 55. §. 1. *ff. d. R. J.* Nec reconvaleſcet actio etiamſi ſervus hic deinde meam rurſus egrediatur poteſtatem, quoniam actio ſemel fuit extincta: obligatio autem ſive actio ſemel extincta non reviviſcit aut convaleſcit. Schneidew. *ad* §. *6. I. d. nox. act. n.* 5. Theoph. *ibid.*

VI. Cum verò ſub initium hujus Cap. dictum ſit, tolli atqve extingvi quoqve actiones præſcriptione, non inconcinne hic ultimo quærimus loco, *an & actiones præſcriptione ſublatæ, nonnunquam convaleſcere atque reviviſcere poſſint?* Sanè rigore juris inſpecto negativæ aliquod videtur eſſe pondus; cum actiones per extinctionem obligationum ſemel interierint: ex obligationibus verò ſublatis nulla amplius competat actio Vultej. *Juriſpr. Rom. lib.* 1. *c.* 52. Multis tamen in caſibus contrarium affirmandum; Licet enim quibusdam acturis exceptio præſcriptionis obſtaculo ſit, poteſt tamen

illud

illud removeri, eisqve janua obſerata ex ſingulari quodam jure de novo quaſi aperiri. Scilicet, ut tales licentiam agendi recuperent, Prætores pingviſſimum illud reſtitutionis in integrum beneficium adinvenerunt, quo ſingulari moti æquitate negotia nonnulla reſcindunt, annihilant, actoremqve in priſtinum ſtatum reponunt, eique priſtina jura reddunt, ſecundum tritum verſiculum:

Res redit, ut pridem, cum ſtatus redditur idem.

Reſtituere enim nihil aliud eſt, quàm aliquid in priſtinum reponere ſtatum. Eck. *tit. ff. de in integrum reſtit.* §. 2. Requiritur tamen ad id, ut ea locum inveniat (1) plenæ cauſæ cognitio, in qua quantitas, propter quam ea petitur, nec non interdum qualitas perſonæ quæ læſa attenditur. Sicuti enim ob rem minimam ea non datur, cum minima non curet prætor *l. 25. §. 6. ff. loc. l. 6. pr. ff. de ceſſ. bon. cap. 18. X. de Simon.* ita maximè ob fragile atqve infirmum eorum conſilium atq; judicium auxilium ſuum accommodat prætor minoribus, ut qui multis fallaciis atq; captionibus ſint expoſiti. (2) Attendenda venit & præprimis probanda quoqve erit læſio. Effectus verò hujus reſtitutionis eſt, quod, ſi quis jus agendi amiſerit v. g. abſentia ſui actionem ſibi competentem, & contra eum uſucapio aut præſcriptio ſit impleta, detur ipſi ratione illius juris amiſſi actio, (in locum amiſſæ directæ) utilis, qua reſciſſo obſtaculo rem vel debitum perſequi poſſit, ut ſic conſequatur per obliqvum, quod aliàs directò conſequi potuiſſet, ipſiusqve jus convaleſcat. Et hæc de actionum convaleſcentia dicta quoqve ſufficiant. Filum Diſputationis abrumpere pagellarum efflagitant anguſtiæ; DEO interim ſit Honor, Laus atqve Gloria!

ROMA